



REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES
DEL
CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXXII
SEGUNDO TRIMESTRE
PRIMERA PARTE

ABRIL - MAYO - JUNIO

1993

RELATORES: DRA. MARIA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR
DR. DANILO ROJAS BETANCOURTH

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

SEGUNDO TRIMESTRE DE 1993

Presidente

Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

Vicepresidente

Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Secretaria General

Dra. NUBIA GONZALEZ CERON

SECCION PRIMERA

Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

Presidente

Dr. YESID ROJAS SERRANO

Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

Secretaria: Dra. Katerine Karakalpakis Calderón



SECCION SEGUNDA

Dr. DIEGO YOUNES MORENO
Presidente

Dra. CLARA FORERO DE CASTRO
Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA
Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS
Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ

Secretaria: Dra. Eneida Wadnipar Ramos

SECCION TERCERA

Dr. JUAN DE DIOS MONTES MARTINEZ
Presidente

Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ
Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA

Secretaria: Ruth Stella Palacios Correa

SECCION CUARTA

Dr. JAIME ABELLA ZARATE
Presidente

Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS
Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Dr. DELIO GOMEZ LEYVA

Secretario: Jorge A. Torrado Torrado

SECCION QUINTA

Dr. AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ

Presidente

Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

Dr. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA

Dr. MIGUEL VIANA PATIÑO

Secretario: Dr. Octavo Galindo Carrillo

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. HUMBERTO MORA OSEJO

Presidente

Dr. JAVIER HENAO HIDRON

Dr. JAIME BETANCUR CUARTAS

Dr. ROBERTO SUAREZ FRANCO

Secretaria: Dra. Elizabeth Castro Reyes

PROCURADURIAS DELEGADAS

1a. Dra. LIBIA ZULUAGA URIBE

2a. Dra. EDNA COHEN DAZA

3a. Dr. JAIME OSSA ARBELAEZ

4a. Dr. JAIRO MAYA BETANCOURTH

5a. Dra. MARIA EUGENIA SAMPER RODRIGUEZ

6a. Dra. MARGARITA OLAYA DE OBANDO

7a. y 8a. Dra. LUZ STELLA PEÑA DE MENDEZ

9a. Dra. INES HURTADO CUBIDES

10a. Dr. FERNANDO OSPINA HENAO

RELATORES

Dra. MARIA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR
Dr. DANILO ROJAS BETANCOURTH



SALA PLENA

DE LO

CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO



**PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Procedimiento / CONSEJO DE
ESTADO / SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA**

La Sala considera que la competencia para resolver el recurso de súplica interpuesto contra el auto proferido dentro del trámite de la solicitud, tendiente a que esta Corporación decrete la pérdida de investidura de congresista, radica de manera exclusiva en ella y no en la Sala Plena del Consejo de Estado, pues el hecho de que los artículos 297 y 298 de la Ley 5 de 1992 indiquen que el “Consejo de Estado en Pleno” es a quien corresponde judicialmente la mencionada pérdida de investidura no puede ser considerado como normas atributivas de competencia a esta última Sala, dado que sus funciones están clara y taxativamente enumeradas en el artículo 96 del Decreto 01 de 1984, dentro de las cuales no se encuentra ninguna de naturaleza jurisdiccional. Además las normas sobre competencia, por ser de orden público, son de interpretación restrictiva, razón por la cual resultan extrañas las competencias extensivas, implícitas o analógicas.

**PODER ESPECIAL - PRESENTACION/PRINCIPIO DE
REMISION / PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL**

Ante la inexistencia de norma expresa que en Código Contencioso Administrativo regule el procedimiento a seguirse para el otorgamiento de poderes ante esta jurisdicción ha de observarse las disposiciones que sobre esta materia consagra el Estatuto Procesal Civil. El poder conferido reúne los requisitos necesarios para que sea aceptado como conferido en legal forma, pues el mismo se

SALA PLENA

ajusta a los términos del artículo 65 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con lo dispuesto por el artículo 84 ibidem, los cuales señalan que “el poder especial para un proceso puede conferirse por escritura pública a por memorial dirigido al juez del conocimiento, presentado como se dispone en la demanda”, es decir, con autenticación de la firma de quien lo suscribe, “... mediante comparecencia personal ante el secretario de cualquier despacho judicial o ante notario de cualquier círculo”. En los casos en los cuales el juez administrativo se vea avocado a la necesidad de acudir a las normas del Código de Procedimiento Civil, la remisión a ellas debe hacerse con respecto al conjunto de disposiciones que en él regulen in extenso la materia de que se trate, especialmente cuando todas ellas guardan armonía y son complementarias entre sí. No son de recibo aplicaciones parciales o fragmentarias de las normas de procedimiento, más aún si ello puede ir en detrimento de los principios constitucionales del derecho de defensa y de la prevalencia del derecho sustancial.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.
Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. AC-500. Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.

Procede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a resolver el recurso ordinario de súplica interpuesto oportunamente por el ciudadano José Ramón Navarro Mojica contra el auto de 8 de febrero de 1993, proferido por la señora Consejera de Estado ponente doctora Dolly Pedraza de Arenas, en cuanto denegó el reconocimiento de personaría al doctor José Ignacio Vives Echeverría para actuar como su apoderado judicial y se dispuso no tener “... por legalmente presentados en su nombre los escritos obrantes a folios 140 a 149 del expediente”.

En el escrito contentivo del recurso, el mencionado ciudadano solicita que esta Corporación “... revoque el auto interlocutorio proferido en Sala Unitaria por el Consejero Ponente de este proceso, y que tiene fecha del día 8 de FEBRERO de 1.993, y en su lugar se reconozca personería para representarme”.

en este proceso o juicio ordinario a mí apoderado nombrado doctor José Ignacio Vives Echeverría, se acepte la contestación de la demanda que por conducto de él hicimos, lo mismo que las excepciones o medios de defensa propuestos y se decreten las “pruebas” que como medios de defensa solicitamos en el escrito presentado el día 3 de Febrero pasado por nuestro apoderado judicial” (subrayas del recurrente).

I.- LOS FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

La providencia recurrida en súplica, a la cual ya se hizo referencia, se fundamenta en que “... el poder conferido no fue presentado personalmente ante la Secretaría de la Corporación, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 142 del Código Contencioso Administrativo”.

II.- LA SUSTENTACION DEL RECURSO

El ciudadano José Ramón Navarro Mojica expresa, de la manera como se resume a continuación, su disentimiento para con la providencia recurrida (fls. 155 a 168):

El poder especial otorgado al doctor José Ignacio Vives Echeverría, que obra en el expediente, no solo fue presentado personalmente ante el Notario 34 de Santafé de Bogotá, sino, además, se realizó en dicho documento el reconocimiento y autenticación de la firma del poderdante, “... habiéndose estampado mi huella dactilar en ambos sellos notariales, razones estas por las cuales debe considerarse como bien y legalmente otorgado”.

El auto recurrido se fundamenta en el artículo 142 del C.C.A., pero debe tenerse en cuenta que tal disposición no se refiere a la presentación de poderes sino a la presentación de demandas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y que en él se consagra la viabilidad de que cuando el signatario de una demanda se encuentra en lugar distinto al del despacho judicial de destino podrá presentarse personalmente ante juez o notario de su residencia, lo cual denota la «inclinación» de la nueva legislación procesal, en el sentido de que la presentación personal de las demandas pueda hacerse ante los notarios públicos. Además, ni en la Ley 167 de 1941 ni en el Decreto 01 de 1984 se encuentran disposiciones que determinen cómo deben presentarse los poderes especiales, debiéndose, en consecuencia, acudir a las normas que en el C.de P.C. regulan este aspecto, por remisión que a ellas hacen los citados estatutos.

SALA PLENA

El artículo 65 del C.de P.C. dispone que los poderes especiales para todo proceso judicial se confieren por memorial dirigido al juez del conocimiento, presentados como se dispone para la demanda, es decir, presentado personalmente "ante el Secretario de cualquier despacho judicial, o ante notario de cualquier círculo", al tenor del artículo 84 ibidem, pues la remisión que hace el artículo 267 del C. C.A., en cuanto al otorgamiento de poderes especiales se refiere, debe ser completa, mediante la aplicación de las dos citadas normas. Por ello no se compadece con la debida aplicación de la ley la remisión parcial que a dicho estatuto procedimental se hizo en el auto impugnado, "... pues ésta lo que ha querido es descongestionar los despachos judiciales para que muchos trámites que antes se surtían ante estos ahora se cumplan ante un notario público que es el depositario de la fe pública, y que mejor que cualquier Secretario de despacho judicial puede certificar la AUTENTICIDAD de la firma de un ciudadano que confiere un poder a un abogado, para un proceso judicial", como lo señalan los artículos 3o.-3 y 73 del Decreto 960 de 1970 (mayúsculas del texto original).

De otra parte, resulta inexplicable que el auto suplicado se fundamente en la aplicación del artículo 142 del C.C.A. y, en cambio, se admita la inepta demanda del Procurador General de la Nación, no presentada personalmente, como se constata en su sello de recibo, y la cual no reúne los requisitos de una demanda en forma, pues solo consta de 12 renglones y a ella no se anexó copia auténtica del acto acusado, hecho este último que en el auto recurrido se pretendió subsanar irregularmente, solicitando, de oficio su remisión al Consejo Nacional Electoral.

Las irregularidades anotadas serían suficientes para que oficiosamente (Decreto 2282 de 1989, art. 1o. -85), la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o la Sala Plena del Consejo de Estado decretara las nulidades procesales que se configuren, de acuerdo con el artículo 140 del C.de P.C. y por violación del debido proceso y del derecho de defensa.

Además de lo anterior, en la providencia que resuelva este recurso deberá estudiarse y decidirse cuál es la Sala competente para ello, si la Plena de lo Contencioso Administrativo o la Plena del Consejo de Estado, incluyendo los cuatro Miembros de la Sala de Consulta y Servicio Civil, pues la Ley 5 de 1992, en sus artículos 297 y 298-3, dispone que los procesos de pérdida de la investidura congresional, son de la competencia del Consejo de Estado en pleno.

Por último, y sin que ello implique renuncia a las opiniones atrás expresadas, se otorga nuevamente poder especial al doctor José Ignacio Vives Echeverría para el proceso de la referencia y se ratifica su actuación en el mismo. El Mencionado profesional "... firma conmigo el presente memorial no sólo

en este proceso o juicio ordinario a mí apoderado nombrado doctor José Ignacio Vives Echeverría, se acepte la contestación de la demanda que por conducto de él hicimos, lo mismo que las excepciones o medios de defensa propuestos y se decreten las “pruebas” que como medios de defensa solicitamos en el escrito presentado el día 3 de Febrero pasado por nuestro apoderado judicial” (subrayas del recurrente).

I.- LOS FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

La providencia recurrida en súplica, a la cual ya se hizo referencia, se fundamenta en que “... el poder conferido no fue presentado personalmente ante la Secretaría de la Corporación, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 142 del Código Contencioso Administrativo”.

II.- LA SUSTENTACION DEL RECURSO

El ciudadano José Ramón Navarro Mojica expresa, de la manera como se resume a continuación, su disentimiento para con la providencia recurrida (fls. 155 a 168):

El poder especial otorgado al doctor José Ignacio Vives Echeverría, que obra en el expediente, no solo fue presentado personalmente ante el Notario 34 de Santafé de Bogotá, sino, además, se realizó en dicho documento el reconocimiento y autenticación de la firma del poderdante, “... habiéndose estampado mi huella dactilar en ambos sellos notariales, razones estas por las cuales debe considerarse como bien y legalmente otorgado”.

El auto recurrido se fundamenta en el artículo 142 del C.C.A., pero debe tenerse en cuenta que tal disposición no se refiere a la presentación de poderes sino a la presentación de demandas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y que en él se consagra la viabilidad de que cuando el signatario de una demanda se encuentra en lugar distinto al del despacho judicial de destino podrá presentarse personalmente ante juez o notario de su residencia, lo cual denota la «inclinación» de la nueva legislación procesal, en el sentido de que la presentación personal de las demandas pueda hacerse ante los notarios públicos. Además, ni en la Ley 167 de 1941 ni en el Decreto 01 de 1984 se encuentran disposiciones que determinen cómo deben presentarse los poderes especiales, debiéndose, en consecuencia, acudir a las normas que en el C.de P.C. regulan este aspecto, por remisión que a ellas hacen los citados estatutos.

SALA PLENA

El artículo 65 del C.de P.C. dispone que los poderes especiales para todo proceso judicial se confieren por memorial dirigido al juez del conocimiento; presentados como se dispone para la demanda, es decir, presentado personalmente "ante el Secretario de cualquier despacho judicial, o ante notario de cualquier círculo", al tenor del artículo 84 ibidem, pues la remisión que hace el artículo 267 del C. C.A., en cuanto al otorgamiento de poderes especiales se refiere, debe ser completa, mediante la aplicación de las dos citadas normas. Por ello no se compadece con la debida aplicación de la ley la remisión parcial que a dicho estatuto procedimental se hizo en el auto impugnado, "... pues ésta lo que ha querido es descongestionar los despachos judiciales para que muchos trámites que antes se surtían ante estos ahora se cumplan ante un notario público que es el depositario de la fe pública, y que mejor que cualquier Secretario de despacho judicial puede certificar la AUTENTICIDAD de la firma de un ciudadano que confiere un poder a un abogado, para un proceso judicial", como lo señalan los artículos 3o.-3 y 73 del Decreto 960 de 1970 (mayúsculas del texto original).

De otra parte, resulta inexplicable que el auto suplicado se fundamente en la aplicación del artículo 142 del C.C.A. y, en cambio, se admita la inepta demanda del Procurador General de la Nación, no presentada personalmente, como se constata en su sello de recibo, y la cual no reúne los requisitos de una demanda en forma, pues solo consta de 12 renglones y a ella no se anexó copia auténtica del acto acusado, hecho este último que en el auto recurrido se pretendió subsanar irregularmente, solicitando, de oficio su remisión al Consejo Nacional Electoral.

Las irregularidades anotadas serían suficientes para que oficiosamente (Decreto 2282 de 1989, art. 1o. -85), la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o la Sala Plena del Consejo de Estado decretara las nulidades procesales que se configuren, de acuerdo con el artículo 140 del C.de P.C. y por violación del debido proceso y del derecho de defensa.

Además de lo anterior, en la providencia que resuelva este recurso deberá estudiarse y decidirse cuál es la Sala competente para ello, si la Plena de lo Contencioso Administrativo o la Plena del Consejo de Estado, incluyendo los cuatro Miembros de la Sala de Consulta y Servicio Civil, pues la Ley 5 de 1992, en sus artículos 297 y 298-3, dispone que los procesos de pérdida de la investidura congressional, son de la competencia del Consejo de Estado en pleno.

Por último, y sin que ello implique renuncia a las opiniones atrás expresadas, se otorga nuevamente poder especial al doctor José Ignacio Vives Echeverría para el proceso de la referencia y se ratifica su actuación en el mismo. El Mencionado profesional "... firma conmigo el presente memorial no sólo

manifestando que ACEPTA plenamente el 'poder' que nuevamente le estoy otorgando, sino que además, coadyuva en todas sus partes el presente RECURSO...." (Mayúsculas del texto original).

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término, la Sala considera que la competencia para resolver el recurso de súplica, interpuesto contra el auto de 8 de febrero de 1993, proferido dentro del trámite de la solicitud formulada por el señor Procurador General de la Nación, tendiente a que esta Corporación decrete la pérdida de investidura de congresista del doctor José Ramón Navarro Mojica, radica de manera exclusiva en ella y no en la Sala Plena del Consejo de Estado, pues el hecho de que los artículos 297 y 298 de la Ley 5 de 1992 indiquen que el "Consejo de Estado en Pleno" es a quien corresponde declarar judicialmente la mencionada pérdida de investidura no puede ser considerado como normas atributivas de competencia a esta última Sala, dado que sus funciones están clara y taxativamente enumeradas en el artículo 96 del Decreto 01 de 1984, dentro de las cuales no se encuentra ninguna de naturaleza jurisdiccional. Además las normas sobre competencia por ser de orden público, son de interpretación restrictiva, razón por la cual resultan extrañas las competencias extensivas, implícitas o analógicas.

Sobre el asunto analizado en el párrafo que antecede, esta Sala, en reciente decisión, se pronunció en los siguientes términos:

"Ahora bien: para separar las funciones jurisdiccionales de las otras que le asignan la Constitución y la ley, el artículo 236 de aquella señala que el Consejo de Estado se divide en salas y secciones'. Y es de vero, según el Código Contencioso Administrativo, que la única sala del Consejo de Estado que tiene funciones jurisdiccionales, la única con capacidad de juzgar, de ejercer jurisdicción, es la Sala de lo Contencioso Administrativo que, para el efecto se divide a su turno en secciones, pero que en pleno, tiene capacidad para juzgar aquellos casos que la ley le ha indicado. Entonces, como la Ley 5 de 1992 otórgale poder al Consejo de Estado en Pleno es de entender que su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ostenta la competencia para conocer de los casos de pérdida de investidura de congresistas" (Subrayas del texto original) (Auto de febrero 16 de 1993. Consejero Ponente doctor Alvaro Lecompte Luna. Actor: Procuraduría General de la Nación. Expediente No. AC-430).

En cuanto a las razones de inconformidad para con el auto recurrido, la Sala considera:

SALA PLENA

En el expediente se constata que el poder conferido por el doctor José Ramón Navarro Mojica al doctor José Ignacio Vives Echeverría aparece suscrito por el poderdante y por el apoderado, y que en el anverso del mismo constan tres (3) actos, a saber:

a) Diligencia de reconocimiento de la firma del doctor Navarro Mojica y del contenido de dicho poder ante el Notario 34 de Círculo de Santa Fe de Bogotá.

b) Diligencia de presentación personal del referido documento, por parte del doctor Navarro Mojica, ante el mismo funcionario público mencionado en el literal que antecede.

c) Diligencia de presentación personal del poder por parte del doctor Vives Echeverría ante la Secretaria General de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, con la constancia de haber probado su calidad de abogado en ejercicio con la exhibición de su tarjeta profesional de abogado (fls. 139 y 139 vto.)

Las expresadas constataciones y la consideración acerca de que ante la inexistencia de norma expresa que en el Código Contencioso Administrativo regule el procedimiento a seguirse para el otorgamiento de poderes ante ésta jurisdicción ha de observarse las disposiciones que sobre esta materia consagra el Estatuto Procesal Civil, por mandato del artículo 267 de la primera de las mencionadas obras, conducen a la Sala a la conclusión de que el poder conferido por el doctor Navarro Mojica reúne los requisitos necesarios para que sea aceptado como conferido en legal forma, pues el mismo se ajusta a los términos del artículo 65 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con lo dispuesto por el artículo 84 *ibidem*, los cuales señalan que “el poder especial para un proceso puede conferirse por escritura pública o por memorial dirigido al juez del conocimiento presentado como se dispone para la demanda”, es decir, con autenticación de la firma de quien lo suscribe, “... mediante comparecencia personal ante el secretario de cualquier despacho judicial o ante notario de cualquier círculo”.

Lo anterior lleva a la sala a predicar que en los casos en los cuales el juez administrativo se vea avocado a la necesidad de acudir a las normas del Código de Procedimiento Civil, la remisión a ellas debe hacerse con respecto al conjunto de disposiciones que en él regulen in extenso la materia de que se trate, especialmente cuando todas ellas guardan armonía y son complementarias entre sí. Es por ello que, en casos como el que se analiza, no son de recibo aplicaciones parciales o fragmentarias de las normas de procedimiento, más

aún si ello puede ir en detrimento de los principios constitucionales del derecho de defensa y de la prevalencia del derecho sustancial.

Lo expuesto hasta este momento es suficiente para que en la parte resolutive de esta providencia, y por el aspecto analizado, se revoque el auto recurrido y, en su lugar, se reconozca personería al doctor José Ignacio Vives Echeverría como apoderado judicial del doctor José Ramón Navarro Mojica. Por otra parte, como la contestación de la demanda fue presentada el 29 de enero, y el escrito de petición de pruebas lo fue el 3 de febrero, es decir, dentro del término de fijación en lista (fls.137 vto., 146 y 149), se tendrán por legalmente presentadas la contestación de la demanda y la petición de pruebas. Por el contrario, no se accede a decretar de oficio las nulidades procesales solicitadas por el recurrente, toda vez que ninguna de las causales invocadas se ajustan a las taxativamente enumeradas en el artículo 140 del C.de P.C.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

REVOCASE el auto de 8 de febrero de 1993, en cuanto por él se denegó el reconocimiento de personería al doctor José Ignacio Vives Echeverría para actuar como apoderado judicial del doctor José Ramón Navarro Mojica y no se tuvieron por legalmente presentados los escritos de contestación de la demanda y de solicitud de pruebas. En su lugar, se dispone:

a) Reconócese personería al doctor José Ignacio Vives Echeverría como apoderado judicial del doctor José Ramón Navarro Mojica, en los términos y para los efectos del poder que obra a folio 139.

b) Tiénense por legalmente presentados los escritos de contestación de la demanda y de petición de pruebas por parte del doctor José Ramón Navarro Mojica.

En firme esta providencia, vuelva el expediente al Despacho de la señora Consejera Ponente, para que decida sobre las pruebas solicitadas y continúe el proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

SALA PLENA

Jaime Abella Zárate, (salvo voto); Joaquín Barreto Ruiz; Clara Forero De Castro, (salvo voto); Miguel González Rodríguez; Luis Eduardo Jaramillo Mejía, (salvo voto); Delio Gómez Leyva; Carlos Orjuela Góngora; Yesid Rojas Serrano; Daniel Suárez Hernández; Miguel Viana Patiño, Ausente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, (salvo voto); Carlos Betancur Jaramillo; Miren De La Lombana De M., (ausente); Amado Gutiérrrez Velásquez, (salvo voto); Alvaro Lecompte Luna; Juan De Dios Montés Hernández; Libardo Rodríguez Rodríguez; Consuelo Sarria Olcos, (salvo voto); Julio César Uribe Acosta; Diego Younes Moreno.

**PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Procedimiento CONGRESO-
FUNCIONES / NORMA (Salvamento de Voto)**

Mi salvamento de voto tiene por objeto dejar constancia de mi oposición a que se admitan y tramiten por la vía del procedimiento ordinario del C.C.A. (art. 206) las solicitudes de pérdida de investidura de los congresistas. La responsabilidad política por el fracaso del sistema de juzgamiento de los congresistas consagrado en el art. 184 de la Constitución no debe ser asumido por el Consejo de Estado en un plausible propósito de contribuir al saneamiento de uno de los peores males que aquejan aún a la República. Pero dicha responsabilidad le corresponde asumirla -valiente y honestamente- al propio Congreso con la expedición de la correspondiente ley de procedimiento pero que sea efectiva y no un motivo más de las tantas frustraciones que la denominada clase política le ha dado al país.

SALVAMENTO DE VOTO:

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. AC-500. Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION. Fallo del 3 de abril de 1993.

Independientemente del problema procesal sobre la forma de presentación de los poderes el cual no entro a considerar, mi salvamento de voto a la providencia del 2 de abril de 1993 tiene por objeto dejar constancia de mi oposición a que se admitan y tramiten por la vía del procedimiento ordinario del C.C.A. (art. 206) las solicitudes de pérdida de Investidura de los congresistas.

SALA PLENA

Las razones expresadas en otras ocasiones se sintetizan en la improcedencia de dicho procedimiento no sólo por la imposibilidad física de agotarse en los veinte (20) días hábiles que consagra en art. 184, de la Constitución, sino porque el Congreso ya expresó en la Ley 5a. de 1992 que “la ley fijará el procedimiento judicial especial correspondiente a la acción pública de pérdida de investidura...” (art. 304, último inciso) con lo cual se estableció que no existe en la actualidad procedimiento, que éste lo fijará (en el futuro) la ley, que será de naturaleza “judicial” y finalmente que será o deberá ser “especial”, características estas todas contradichas por “el procedimiento ordinario” (salvo su naturaleza judicial) que se ha dado a éste y otros procesos.

Insisto en que la responsabilidad política por el fracaso del sistema de juzgamiento de los Congresistas consagrado en el art. 184 de la Constitución no debe ser asumido por el Consejo de Estado en un plausible propósito de contribuir al saneamiento de uno de los peores males que aquejan aún a la República y que constituyó precisamente uno de los motivos invocados para derogar la Constitución de 1886, revocar el mandato a los congresistas y otros actos políticos de indudable trascendencia. Pero dicha responsabilidad le corresponde asumirla -valiente y honestamente- al propio Congreso con la expedición de la correspondiente ley de procedimiento pero que sea efectiva y no un motivo más de las tantas frustraciones que la denominada clase política le ha dado al País

Jaime Abella Zárate

Santa Fe de Bogotá D.C.,catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

**PODER ESPECIAL - PRESENTACION / PRINCIPIO DE
REMISION (Salvamento de Voto)**

Para la presentación de un poder ante la jurisdicción contencioso administrativa se aplica el art. 65 del Código de Procedimiento Civil, según el cual se deben presentar como se dispone para la demanda y como para ésta se exige que se presente personalmente ante el secretario del Tribunal a quien se dirija, no es válida la autenticación notarial, toda vez que no resulte aplicable el artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, citado por la providencia que no comparto, en cuanto, existe norma expresa sobre la materia en el Código Contencioso Administrativo. Ante norma expresa: el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, que dispone cuando es aplicable el Código de Procedimiento Civil no es jurídicamente posible aceptar el criterio mayoritario, según el cual "... la remisión a normas del Código de Procedimiento Civil debe hacerse con respecto al conjunto que en él regulen in extenso la materia de que se trate "

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Consejera Ponente: Dra. Dolly Pedraza de Arenas.

Referencia: Expediente No. AC-500. Actor: Procuraduría General de la Nación.

Salvamento de Voto de la Doctora CONSUELO SARRIA OLCOS

A mi juicio, la decisión unitaria del 8 de febrero de 1993, mediante la cual la Consejera Conductora del proceso no reconoció personería al Doctor JOSE IGNACIO VIVES ECHEVERRIA para actuar en representación del Doctor

SALA PLENA

JOSE RAMON NAVARRO MOJICA por cuanto el poder conferido no fue presentado personalmente ante la Secretaría del Consejo de Estado, ha debido confirmarse, por las siguientes razones:

1.- El Código Contencioso Administrativo en su artículo 267 dispone que en **los aspectos no contemplados en este Código** se seguirá el Código de Procedimiento Civil.

2.- En el Código Contencioso Administrativo no existe norma que regule lo relacionado con la presentación de poderes ante la jurisdicción contencioso administrativa.

3.- En estas circunstancias a la presentación de poderes ante el Consejo de Estado resulta aplicable el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, el poder especial para un proceso puede conferirse por memorial dirigido al juez del conocimiento, **presentado como se dispone la demanda.**

4.- En relación con la presentación de demandas ante la jurisdicción contencioso administrativa el Código de la materia sí tiene norma expresa que la regula, el artículo 142 cuyo título es justamente **"Presentación de la demanda"** dispone que deberá presentarse personalmente por quien la suscribe ante el secretario del Tribunal a quien se dirija y autoriza al signatario que se halle en lugar distinto para remitirla, previa autenticación ante juez o notario de su residencia.

5.- De acuerdo con lo anterior, para la presentación de un poder ante la jurisdicción contencioso administrativa se aplica el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil, según el cual se deben presentar como se dispone para la demanda y como para ésta se exige que se presente personalmente ante el secretario del Tribunal a quien se dirija, no es válida la autenticación notarial, toda vez que no resulta aplicable el artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, citado por la providencia que no comparto, en cuanto, existe norma expresa sobre la materia en el Código Contencioso Administrativo.

6.- Ante norma expresa: el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, que dispone cuando es aplicable el Código de Procedimiento Civil no es jurídicamente posible aceptar el criterio mayoritario, según el cual "... la remisión a normas del Código de Procedimiento Civil debe hacerse con respecto al conjunto que en él regulen in extenso la materia de que se trate....".

EXP. AC-500

Por todo lo anterior, a mi juicio, el auto recurrido se ajustaba a derecho y el recurso de súplica no ha debido prosperar.

Consuelo Sarria Olcos

Fecha: Ut Supra.

Nota de Relatoría: A este salvamento adhieren los Doctores **Luis Eduardo Jaramillo Mejia** y **Clara Forero de Castro**.

**PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Procedimiento / CONSEJO DE
ESTADO / SALA PLENA / COMPETENCIA / NORMA
CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal (Salvamento de Voto)**

Una vez más y con el mayor respeto con el criterio mayoritario de la Sala, consigno mi disentimiento con la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de asumir el conocimiento de los procesos de pérdida de la investidura de Congresista, que considero corresponde a la Sala Plena del Consejo de Estado según lo prescribe la Ley 5 de 1992. Además, porque no se ha expedido la ley que regle el procedimiento a seguir, el cual debe permitir la decisión del proceso en el término de 20 días que señala el artículo 184 de la Constitución Política.

Referencia: Expediente No. AC - 500. Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.

Al margen de la cuestión que motivó el recurso ordinario de suplica resuelto con la providencia fechada el 2 del mes en curso, una vez más y con el mayor respeto con el criterio mayoritario de la Sala, consigno mi disentimiento con la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de asumir el conocimiento de los procesos de pérdida de la investidura de Congresista, que considero corresponde a la Sala Plena del Consejo de Estado según lo prescribe la Ley 5a. de 1992.-

Además, porque no se ha expedido la ley que regle el procedimiento a seguir el cual debe permitir la decisión del proceso en el término de 20 días que señala el Art.184 de la Constitución Política.-

EXP. AC-500

Santa Fe de Bogotá D.C., veintitres (23) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Procedimiento / CONSEJO DE ESTADO / SALA PLENA / COMPETENCIA (Salvamento de Voto)

Considero que conforme con lo dispuesto en el art. 184 de la C. N., que señala “la pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley...”, y la ley 5 de 1992 que en sus arts. 296 y s.s. señaló que el competente, para conocer de dicha figura jurídica, será el Consejo de Estado en pleno, no hay duda que es el Consejo de Estado en su totalidad, el competente para conocer de este proceso. Se afirma que dicha ley en los artículos mencionados, es inconstitucional, sin embargo, mientras el organismo competente no se pronuncie al respecto, está vigente y es obligatoria.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA.

1.- Comparto en todas sus partes lo expuesto y analizado por la Doctora Consuelo Sarria Olcos al señalar su disentimiento con lo resuelto por la mayoría de la Sala.

2.- No comparto el criterio de la mayoría respecto a la competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para conocer de los procesos de pérdida de, la investidura de congresista, pues considero que conforme con lo dispuesto en el artículo 184 de la C. N., que señala “la pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley ...”, y la ley 5 de 1992 que en sus arts 296 y s.s. señaló que el competente, para conocer de dicha figura jurídica, será el Consejo de Estado en pleno, no hay duda que es el Consejo de Estado en su totalidad, el competente para conocer de este proceso.

Se afirma que dicha ley en los artículos mencionados es inconstitucional, sin embargo, mientras el organismo competente no se pronuncie al respecto, está vigente y es obligatoria.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía

Santa Fe de Bogotá D.C., veintiocho de abril 28 de mil novecientos noventa y tres (1993).

Nota de relatoría: El salvamento de voto del Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ es el mismo suscrito con ocasión de la sentencia de 8 de septiembre de 1992, Exp. AC-175, publicado en el boletín correspondiente.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA / CONGRESISTA

De las disposiciones de la Ley 5a. de 1992 se desprende la necesidad de la Ley que fije el procedimiento judicial especial correspondiente a que se remite el artículo 304 en su último inciso y sin el cual el Consejo de Estado se ve ante una imposibilidad de ejercer la competencia que le asignó la Constitución. No puede adoptar el procedimiento ordinario previsto en el art. 206 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) por cuanto la ley ha querido que sea un procedimiento "especial" y además porque se necesitaría cumplirlo en el término de veinte días a que se refiere tanto el art. 184 del Constitución como el art. 304 de la Ley 5a. de 1992 que lo reiteró y el procedimiento ordinario del C.C.A. es imposible agotarlo judicialmente en un lapso tan breve. Pero adicionalmente es preciso reconocer que varias de las causales previstas en la Constitución y desarrolladas parcialmente en la Ley 5a. de 1992 necesariamente son o deben tener previo pronunciamiento congresional aún en el evento de que la solicitud tenga origen en una petición ciudadana pues por su naturaleza corresponde a la respectiva Cámara y a su Mesa Directiva establecer la realización de los supuestos de hecho constitutivos de infracción como por ejemplo la inasistencia a reuniones plenarios o el conflicto de intereses.

Pérdida de la investidura de los congresistas.-

artículo 184 de la Constitución

El Consejero considera que mientras no se expida la ley de procedimiento judicial especial que ya anunció la Ley 5a. del /92, no puede aplicarse el procedimiento ordinario previsto en el

artículo 206 del C.C.A. porque no puede agotarse en los veinte días que señala la Constitución y la misma Ley 5a.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.
Santa Fe de Bogotá D.C., trece (13) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. AC-676. Asuntos Constitucionales - Pérdida de Investidura. Actor: ENRIQUE MALDONADO SANTOS.

El señor ENRIQUE MALDONADO SANTOS, invocando su condición de ciudadano solicita al Consejo de Estado que, con base en lo dispuesto por el artículo 301 de la Ley 5a. de 1992, decrete la pérdida de la Investidura del congresista CESAR PEREZ GARCIA por haber incurrido en violación del artículo 183-1 de la Constitución Política, en especial en Infracción al régimen de «conflicto de intereses» con base en los siguientes hechos que se presentan en resumen.

HECHOS.

El congresista César Pérez García - actual Presidente de la Cámara de Representantes - participó en la aprobación de la Ley 30 de 1992, orgánica del Servicio Público de Educación. En la respectiva votación que se efectuó en la Sesión Plenaria de la Cámara de Representantes del día martes 15 de diciembre de 1992 el congresista acusado no se declaró Impedido para votar (tal como lo establece el art. 291 de la Ley 5a. de 1992) dado su supuesto Interés personal en el contenido del artículo 132 que se introdujo al proyecto y según el cual, por lo menos la mitad de los recursos previstos para educación en el art. 54 de la Ley 79 de 1988 (sobre cooperativas) deben ser invertidos en programas académicos de Educación Superior autorizados legalmente. Sucede sin embargo que la única y exclusiva Institución de economía solidaria autorizada por el ICFES es la UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA "cuyo socio propietario de la Rectoría Nacional de dicha Universidad es el señor congresista César Pérez García" quien a pesar de haberse encargado de la Rectoría y otorgado poder general en otras personas mantiene interés económico por cuanto con la citada norma legal se canalizarán recursos cuantiosos hacia la Universidad mencionada.

El peticionario, en respaldo de sus afirmaciones presentó la siguiente documentación como pruebas:

SALA PLENA

1. Gaceta del Congreso No. 230, página 4 de la Ley 30 / 92, por la cual se organiza el servicio público de Educación Superior, firmada dicha Ley por el Presidente de la Cámara de Representantes, César Pérez García.

2. Gaceta del Congreso No. 13, de la Ley 05 de 1992 por la cual se expide el reglamento del Congreso, páginas 18 y 19, conflicto de intereses y pérdida de la Investidura

3. Gaceta del Congreso No. 221, Acta de la Sesión de la Plenaria de la Cámara, el día 15 de diciembre / 92, en donde se aprobó la Ley 30 de 1992, página 21 a la 31, firmada por el Presidente de la Cámara de Representantes César Pérez García.

4. Diario Oficial No. 36.648 del 10 de enero/89, por la cual se actualiza la Legislación Cooperativa, página 4.

5. Constancia expedida por el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior "ICFES", sobre la Rectoría Nacional del señor César Pérez García y de la encargada de la Rectoría Nacional, señorita Gloria Lucía Hoyos Betancur, de la Universidad Cooperativa de Colombia.

6. Fotocopia autenticada de la Escritura No. 10541 de diciembre 22 de 1989, de la Notaría Segunda de Santafe de Bogotá, en donde el señor César Pérez García, Rector Nacional de la Universidad Cooperativa de Colombia, confiere poder general y delegación específica a favor del señor Alfonso Clavijo G., Secretario General de dicha Universidad.

7. Fotocopia autenticada de la Orden del día, Sesión del 15 dic. / 92.

CONSIDERACIONES:

La nueva función atribuida por la Constitución de 1991 al Consejo de Estado de conocer los casos sobre pérdida de la Investidura de los congresistas debe ejercerse de conformidad con la Constitución y la Ley en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la respectiva Cámara, o por cualquier ciudadano. De los anteriores términos utilizados por el artículo 184 de la Constitución se desprende la posibilidad de que exista procedimiento adecuado a las circunstancias cuando la solicitud provenga de la respectiva Cámara a través de su mesa directiva ó cuando ésta sea presentada directamente al Consejo de Estado por cualquier ciudadano.

Aunque el Congreso de la República no se ha ocupado de manera especial en regular el procedimiento que debe seguirse en esta delicada materia de repercusiones jurídico políticas, es cierto que sí consagró ya algunas obligatorias previsiones en la Ley 5a. de 1992. Aunque esta Ley se refiera al Reglamento del Congreso, al regular en el Capítulo Undécimo el Estatuto del Congresista desarrolló varios aspectos que necesariamente incidirán en el procedimiento que habrá de seguirse ante el Consejo de Estado, cuando el propio Congreso le de cumplimiento al ordenamiento consagrado en el inciso final del artículo 304 con el cual culminó el mencionado Capítulo al disponer: “La ley fijará el procedimiento judicial especial correspondiente a la acción pública de pérdida de la investidura, en lo que al Consejo de Estado se refiere”.

Algunas de las previsiones que ya concretó el Congreso y que tendrán futura incidencia en el procedimiento ante el Consejo de Estado se refieren a la naturaleza de las causales invocadas y al origen de la solicitud, pues la Ley 5a. distingue entre la solicitud formulada por cualquier ciudadano en el art. 301 y en el art. 299 a la solicitud obligatoria de la Mesa Directiva, que se produce en los eventos de decisión desfavorable al congresista en las respectivas Cámaras según la causal sea de aquellas que requieren previo pronunciamiento judicial (art. 297) o previo pronunciamiento congressional (art.298).

En el primer caso, que precisamente es el invocado por el peticionario en esta oportunidad, el art. 301 distingue si la solicitud viene acompañada de las pruebas que ameriten la pérdida de la investidura o solamente de demostraciones sumarias. En el primer evento el Consejo podrá decretar la pérdida de la investidura siguiendo el procedimiento que según el artículo 304 deberá fijar la ley y que aún no lo ha hecho y en el segundo, adelantará las indagaciones pertinentes antes de pronunciarse sobre la solicitud. Así se desprende de la lectura simple del artículo 301 que dispone:

“Artículo 301. Solicitud ciudadana. Cualquier ciudadano podrá solicitar al Consejo de Estado sea decretada la pérdida de la investidura congresal por haber incurrido, algún miembro de las Cámaras, en una de las causales que la originan, en los términos del artículo 183 constitucional.

“Esta solicitud deberá estar acompañada de las pruebas que así lo ameriten, en las condiciones legales. Si ello no fuere posible, pero existieron demostraciones sumarias sobre alguna de las causales invocadas, deberá el Consejo de Estado antes de la iniciación del proceso judicial correspondiente, adelantar las indagaciones ante la respectiva Cámara. Esta, en el término de 15 días, dará los informes completos que se demanden”.

SALA PLENA

De las mencionadas disposiciones de la Ley 5a. de 1992 se desprende la necesidad de la Ley que fije el procedimiento judicial especial correspondiente a que se remite el artículo 304 en su último inciso y sin el cual el Consejo de Estado se ve ante una imposibilidad de ejercer la competencia que le asignó la Constitución. No puede adoptar el procedimiento ordinario previsto en el art. 206 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) por cuanto la ley ha querido que sea un procedimiento "especial" y además porque se necesitaría cumplirlo en el término de veinte días a que se refiere tanto el artículo 184 de la Constitución como el artículo 304 de la Ley 5a. de 1992 que lo reiteró y el procedimiento ordinario del C.C.A. es imposible agotarlo judicialmente en un lapso tan breve.

Pero adicionalmente es preciso reconocer que varias de las causales previstas en la Constitución y desarrolladas parcialmente en la Ley 5a. de 1992 necesariamente son o deben tener previo pronunciamiento congressional aún en el evento de que la solicitud tenga origen en una petición ciudadana, pues por su naturaleza corresponde a la respectiva Cámara y a su Mesa Directiva establecer la realización de los supuestos de hecho constitutivos de infracción, como por ejemplo la inasistencia a reuniones plenarias o el conflicto de intereses.

Tal es el caso que se ha presentado en esta ocasión que ocupa la atención de la Sala: si la causal invocada radica en no haberse declarado impedido el congresista acusado al momento de discutir y votar en la sesión o sesiones correspondientes la ley que supuestamente favorece particularmente su patrimonio económico, es a la Cámara correspondiente o a la Comisión respectiva a las que compete indagar primero y establecer si se incurrió o no en la causal invocada por el ciudadano peticionario, como lo tiene previsto el numeral 1 del artículo 298 de la tantas veces citada Ley 5a.

"1. Las violaciones del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses, las cuales serán calificadas por el pleno de cada Corporación legislativa en los términos dispuestos por la Constitución Política y la ley, dando amplias garantías de defensa a quien acuse de la infracción y previo informe que presente la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista".

En conclusión tanto por la falta de procedimiento ante el Consejo de Estado como por razón de la causa invocada (violación del régimen de "conflicto de intereses") esta Corporación no puede adelantar, ni tramitar la solicitud del ciudadano Maldonado Santos, motivo por el cual será inadmitida.

En mérito a lo expuesto, la Sala Unitaria,

RESUELVE:

INADMITESE la solicitud de pérdida de investidura del congresista César Pérez García formulada por el ciudadano Enrique Maldonado Santos.

Devuélvase al interesado los documentos acompañados con la solicitud sin necesidad de desglose.

Cópiese, notifíquese y archívese. Cúmplase.

Jaime Abella Zárate

Nubia González Cerón, Secretaria

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Técnica

Dado su carácter excepcional, que permite desdibujar el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, exige, para su procedencia una acomodación perfecta de la o las causales invocadas por el recurrente, con las taxativamente señaladas en el artículo 177 del C.C.A. Es así como fundamentalmente se impone la existencia del motivo o causal de revisión, el cual debe darse de una manera inequívoca, sin que a él deba llegarse a través de interpretaciones o analogismos. Únicamente como consecuencia de la prosperidad de la causa, al lograrse demostrar la circunstancia fáctica taxativamente señalada por la ley, podrá surgir nítidamente la necesidad de que la cosa juzgada, que le había dado ejecutoriedad y firmeza a la sentencia cuya revisión se solicita, pueda ser pasada por alto y se permita el análisis de los argumentos y demás elementos de juicio que traigan consigo a la revisión de lo ya decidido.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Causales / NULIDAD EN LA SENTENCIA

La causal de que trata el numeral sexto del artículo 188 hace referencia a vicios de procedimiento incurridos al proferirse la sentencia, como aquella que surgiría si esta se dicta en un proceso finalizado por desistimiento, o cuando esté legalmente suspendido o interrumpido el proceso cuando la sentencia aparece firmada con mayor o menor número de magistrados o adoptada con un número de votos diversos al establecido en la ley. Todos esos hechos que confluyen a una nulidad que surge de la sentencia misma, independientemente de la tramitación del proceso, como igualmente lo consagra el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. Rev-045. Recurso Extraordinario de Revisión. Actor: CONTRALORIA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DEL QUINDIO.

Corresponde a la Sala Plena decidir el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la doctora EMMA PELAEZ FERNANDEZ, Contralora General del Departamento del Quindío, contra la sentencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, de fecha 7 de diciembre de 1990, en la cual se confirmó la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo del Quindío y dirigido a su Secretario de Hacienda.

I. ANTECEDENTES:

El Departamento del Quindío, representado por su Gobernador y por medio de apoderada especial, solicitó de la jurisdicción la nulidad del acto administrativo expedido por la Contraloría General del Departamento y contenido en el oficio No. 0861 de 24 de julio de 1989, dirigido al Secretario de Hacienda departamental, en el cual, después de consignar unas observaciones sobre el presupuesto correspondiente a la vigencia del 1o. de enero al 31 de diciembre de 1989, concluyó:

“... la forma en que se ha procedido obliga a la Contraloría General del Departamento, en cumplimiento del mandato constitucional y legal, a abstenerse de autorizar a los distintos auditores fiscales delegados en las diferentes dependencias del gobierno seccional, para que visen todos y cada uno de los comprobantes que se relacionen (sic) con el gasto público, mientras no haya claridad meridiana conforme que señala en el presente oficio.”

El concepto de violación se apoyó en los artículos 20 de la Constitución Política vigente en la época; 247 del decreto 1222 de 1986; 505 numeral 3o. y 508 del Código Fiscal del Quindío, al configurarse una extralimitación de funciones por parte de la Contraloría, quien al expedir el acto acusado impedía que se diera aplicación a su vez, a un acto administrativo que no era de su competencia, en ese caso el presupuesto departamental a ejecutar en la vigencia del mencionado año de 1989, función ésta última que recae única y

SALA PLENA

exclusivamente en el gobierno departamental, correspondiéndole a la entidad demandante, solamente el control de la ejecución del mismo.

Por medio de auto de 23 de agosto de 1989, el Tribunal Administrativo del Quindío suspendió provisionalmente los efectos del oficio No. 0861, decisión que fue confirmada por el H. Consejo de Estado, Sección Primera, en providencia de 1o. de noviembre de dicho año. En dicha oportunidad la Sección Primera expresó que es la ley la que fija la órbita de atribuciones de la Contraloría Departamental lo cual le impide intervenir en actuaciones propias de otras ramas del; poder público. Se trata de entes esencialmente administrativos en cuya función no recae el análisis de la conveniencia del gasto, su legalidad o ilegalidad, consideraciones ajenas a la función eminentemente contralora.

En sentencia de 12 de marzo de 1990, el Tribunal Administrativo del Quindío decretó la nulidad del oficio No. 0861 de 24 de julio de 1989, basándose en la presunción de legalidad que amparaba el presupuesto del Quindío, que lo hacía obligatorio, tanto para los particulares como para funcionarios públicos, mientras no fuera anulado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Era así como a la Contraloría Departamental sólo le correspondía la vigilancia del gasto público, sin que pudiera negarse a cumplir su obligación legal.

El recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, fue resuelto por el Consejo de Estado, en sentencia de 7 de diciembre de 1990, en la que la Sección Primera expuso los siguientes argumentos para mantener el fallo recurrido:

“Empero, pretender, como es el caso sub lite dejar adlibitum del organismo fiscalizador la clasificación de ilegalidad del desembolso de fondos públicos, señalar el derrotero procedimiento que la autoridad administrativa debe o debía haber trazado en determinada situación; calificar como exceso de función, desviación de poder, determinado comportamiento de la autoridad administrativa, etc; tal como se ha puntualizado y pretender fundar sobre dichas previsiones la suplica de revocatoria de la sentencia, es translimitar un marco específico de facultades que ya la jurisprudencia ha delimitado para el ente fiscalizador en plúrimos pronunciamientos jurisprudenciales:

Si los actos y gestión gubernamental que la recurrente tilda y califica de improcedentes, o contra legem, realmente lo fueren, convoca al funcionario a la denuncia o sometimiento a la autoridad competente, de las irregularidades advertidas, para el pronunciamiento, decisión o ejecución de medidas legales correspondientes, que no por la apreciación o

juicio de ilegalidad deducida por la apreciación o juicio de ilegalidad deducida por el funcionario fiscal ordenar la abstención del reconocimiento al desembolso del fondo público.

II. DE LAS CAUSALES DE REVISION EXPUESTAS POR EL RECURRENTE

En el escrito contentivo del recurso extraordinario de revisión se citan como normas violadas:

“1).- Artículo 188 numerales 6o. y 7o. del C.C.A.

2).- Por incompetencia porque el oficio de la contralora del Departamento, no era una intromisión en Actos Administrativos, si no (sic) simplemente instrucciones internas a los Auditores Delegados, para que no fueran a refrendar desembolsos del erario Departamental mientras no hubiere claridad por parte de la Administración del Departamento de las verdaderas cifras presupuestales que se tendrían en cuenta en esa vigencia, porque ya ha quedado bastante demostrado que las partidas iniciales del 1o. de Enero, no era viable aplicarlas nuevamente a partir del 10 de julio, motivo este, que dió como resultado que hubiera por parte del Ejecutivo Departamental las aclaraciones que el ente fiscalizador le solicitó, pero en ningún momento la Contralora del Departamento ordenó que se produjeran Actos Administrativos que por competencia fueran del Señor Gobernador y su Secretario de Hacienda.

3).- El artículo 190 inciso segundo de la Carta Constitucional.

4).- Ni el Honorable Tribunal, ni el Honorable Consejo de Estado, era competente al tenor del art.140 numeral 2o. del C.P.C. porque el oficio No. 0861/89, no vulneraba ningún Acto Administrativo o había intromisión en la elaboración de los mismos.

5).- El Código Fiscal Ordenanza No. 25 de 1987, en su artículo 505.

Al discurrir sobre el “Concepto de Violación”, reitera las argumentaciones que a lo largo del debate sostuvo para demostrar la razón que le asistió al expedir el oficio No. 0861 de 1989, actuación que correspondió al más sano criterio de cumplimiento del deber, para que no se produjeran gastos o desembolsos de fondos del erario departamental por encima del presupuesto del año dicho.

SALA PLENA

Finaliza afirmando que la sentencia recurrida originó por sí misma su nulidad, ante la incompetencia tanto del Tribunal de primera instancia y del Consejo de Estado, surgida de que el momento de ser incoada la demanda, ya no tenía ninguna vigencia el oficio No. 0861/89.

Para sustentar la causal de que trata el numeral 7o. del artículo 188 del C.C.A., transcribe sentencias del Consejo de Estado de casos juzgados, que en su opinión consigan una doctrina o jurisprudencia contraria a la expuesta en la sentencia cuya revisión solicita.

III.- ALEGATO DE LA ENTIDAD DEMANDADA

El Gobernador del Departamento del Quindío, quien fuera el demandante, en acción de nulidad, del acto administrativo del oficio No. 861 de la Contraloría; como se ha visto, y quien obtuviera decisión favorable a sus peticiones en la sentencia cuya revisión se solicita por el organismo que profirió dicho acto, de manera por demás expresa y reiterada, dice estar totalmente de acuerdo con el contenido del oficio por él inicialmente demandado y fundamentó en gran parte su presente contestación a la demanda para este recurso, en los argumentos expuestos por la Contraloría en los diferentes memoriales en que defendió su actuación, ante la impugnación gubernamental.

La anterior posición, cuando menos, sorprende a la Sala.

Además, el Gobernador pasó por alto la razón misma del recurso extraordinario de revisión, dado que todos sus argumentos se encaminaron, no a desvirtuar las causales propuestas, como sería el caso, sino a respaldar de manera incondicional la actuación administrativa de la Contraloría que ya había sido considerada por la jurisdicción como violatoria de la ley y, por ende, anulada.

Surtido así el trámite propio de este medio extraordinario de revisión, sin que se observe defecto alguno que incida en lo actuado, la Sala pasa a estudiar los distintos aspectos que han de ser tenidos en cuenta para resolver esta clase de asuntos, para lo cual,

CONSIDERA:

1. Deberá la Sala efectuar, inicialmente, unas precisiones, ya reiteradas, sobre lo que la misma ley denomina como "recurso extraordinario de revisión". Dado su carácter excepcional, que permite desdibujar el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, exige, para su procedencia una acomodación perfecta de la o las causales invocadas por el recurrente, con las taxativamente señaladas en el artículo 177 del C.C.A.

De manera que si se llega a considerar que cuando se profirió una sentencia definitiva, se incurrió en ella o se configuró con posterioridad a la misma, una de las causales tipificadas en el artículo 188 mencionado, obliga principalmente, demostrar de una manera clara y precisa, aquel hecho que permita al juzgador reexaminar la decisión definitiva sometida a su consideración, para, si es el caso, reemplazarla por otra.

Es así como fundamentalmente se impone la existencia del motivo o causal de revisión, el cual debe darse de una manera inequívoca, sin que a él deba llegarse a través de interpretaciones o analogismos. Únicamente como consecuencia de la prosperidad de la causal, al lograrse demostrar la circunstancia fáctica taxativamente señalada por la ley, podrá surgir nítidamente la necesidad de que la cosa juzgada, que le había dado ejecutoriedad y firmeza a la sentencia cuya revisión se solicita, pueda ser pasada por alto y se permita el análisis de los argumentos y demás elementos de juicio que traigan consigo a la revisión de lo ya decidido.

Y en el material que dió origen al caso en estudio, se incurrió en numerosas imprecisiones con respecto a la técnica procesal que debe acompañar a tan especialísimo medio de impugnación. Como se observó en auto de 29 de noviembre de 1991 (folio 42 c.p.), hubo que buscar cuál fue en verdad la sentencia impugnada en revisión, pues no fue señalada expresamente en el libelo. Igualmente, al designarse las partes del proceso, se señala como tal únicamente al agente del ministerio público, ignorando de esta suerte al organismo Gobernación que en el proceso de simple nulidad aparece como demandante. Por último, en cuanto al señalamiento de las normas violadas, que no las causales de revisión como lo exige el recurso, se invocan normas que no proceden en este medio excepcional.

Igualmente, los argumentos expuestos por la demandante en la fundamentación del recurso, se encaminan básicamente a defender su actuación, que ya fue objeto de pronunciamiento definitivo por la jurisdicción contenciosa, refiriéndose en forma que podría señalarse simplemente como tangencial y escasa, a las causales de revisión definidas en los numerales 6o. y 7o. del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo.

Sin embargo, en aplicación del principio constitucional consagrado en el artículo 228 de la Nueva Carta y por cuanto obra en el proceso la sentencia del 7 de diciembre de 1990 de la Sección Primera del Consejo de Estado e igualmente se notificó y compareció en término al Señor Gobernador del Departamento del Quindío, procede la Sala al examen de las causales de revisión formuladas.

SALA PLENA

2.- La causal sexta, invocada por la recurrente.

De conformidad con el escrito contentivo del recurso de revisión, la nulidad de la sentencia se originó en virtud de que cuando ella fue proferida ya no tenía ninguna vigencia el oficio No. 0861/89, por cuanto en el momento en que se interpuso la demanda, ya se había aclarado por parte del gobierno departamental la situación que lo había motivado.

La situación fáctica señalada, no configura por sí nulidad por incompetencia de las corporaciones Tribunal y Consejo de Estado que se pronunciaron sobre una actuación administrativa, que si bien al momento de la decisión definitiva ya no estaba vigente, durante su vigencia pudo producir efectos con consecuencias jurídicas en contra del ordenamiento legal. Numerosa jurisprudencia señala que, ante una acción de simple nulidad, como es el caso, la definición contenciosa es imprescindible y tiene plena aplicación a las consecuencias jurídicas surgidas durante la vigencia del acto.

Por lo demás, esta Sala Plena ha interpretado de tiempo atrás, que la causal de que trata el numeral sexto del artículo 188 hace referencia a vicios de procedimiento incurridos al proferirse la sentencia, como aquella que surgiría si ésta se dicta en un proceso finalizado por desistimiento, o cuando esté legalmente suspendido o interrumpido el proceso o cuando la sentencia aparece firmada con mayor o menor número de magistrados o adoptada con un número de votos diversos al establecido en la ley. Todos esos hechos que confluyen a una nulidad que surge de la sentencia misma, independientemente de la tramitación del proceso, como igualmente lo consagra el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.

No está así llamada a prosperar la causal de revisión invocada.

3. La causal séptima invocada (que en realidad hoy es octava del art.188, según la versión del art.41 del decreto-ley 2304 de 1989).

Esta causal se configura:

“Cuando la sentencia fuera contraria a otra anterior que constituye cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue denegada.”

Sin argumentos jurídicos que demostraran la configuración de la causal, en estudio, trae la recurrente a colación sentencias de la Sección Primera del Consejo de Estado que carecen de relación alguna con el caso cuya revisión se

solicita ahora, pues ellas todas se refieren a la función de vigilancia fiscal que le compete a la Contraloría, que le permite “incluso vetar la celebración de negocios jurídicos que estime ilegales....”, presupuesto fáctico totalmente diferente al surgido cuando la Contralora Departamental adoptó la decisión debatida en el proceso de nulidad. Son, se repite, sentencias pronunciadas en asuntos diferentes, dado que nunca se había juzgado antes, según parece -no lo dice la recurrente- el acto administrativo contenido en el oficio No. 0861.

Lo anterior es suficiente para que la Sala concluya que tampoco puede prosperar la causal de revisión en estudio, considerando, por el contrario, que conforme a lo visto, en el presente caso pretendió darse al medio de impugnación de que trata este asunto, de carácter extraordinario, se insiste, el tratamiento que correspondería a una tercera instancia, no contemplada en la ley, o a un recurso extraordinario de súplica.

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:

Deniégase la revisión de la sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el Expediente a la Sección Primera para lo de su cargo. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día treinta(30) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993)

Guillermo Chaín Lizcano; Presidente, Dolly pedraza de Arenas, Ernesto Rafael Aríza Muñoz, Carlos Betancur Jaramillo, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Gilberto Peña Castrillón; Conjuez, Juan de Dios Montes Hernández, Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernandez, Miguel Viana Patiño; (ausente), Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruíz, Miren De La Lombana de M , (ausente), Delio Gómez Leyva, Amado Gutiérrez Velasquez, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.

Nubia González Cerón, Secretaria General

COSA JUZGADA

El 8 de Junio de 1992, el senador CARLOS ESPINOZA FACCIO LINCE, por los mismos hechos aquí expuestos, demandó se decretara la perdida de investidura del Ex-Senador SAMUEL ALBERTO ESCRUCERIA MANZI. El proceso fue tramitado, y con ponencia del Consejero Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO, se profirió la Sentencia del 8 de Septiembre de 1992, cuya copia obra a folios 143 a 169 del expediente

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Proceso No. AC-174. Actor: ALBERTO ALVAREZ JIMENEZ.

Resuelve la Sala sobre la solicitud de pérdida de la investidura de senador Doctor SAMUEL ALBERTO ESCRUCERIA MANZI presentada por el señor ALBERTO ALVAREZ JIMÉNEZ el 9 de Junio de 1992, en estos términos:

“1. Decretar la pérdida de la investidura de congresista del senador SAMUEL ALBERTO ESCRUCERIA MANZI.”

“2. Ordenar al Consejo Nacional Electoral la cancelación de la credencial de senador de SAMUEL ALBERTO ESCRUCERIA.”

ANTECEDENTES

Los hechos invocados por el solicitante son los siguientes:

“1. En las recientes elecciones para Congreso, SAMUEL ALBERTO ESCRUCERIA fue elegido senador de la República, habiéndole sido expedida la correspondiente credencial por el Consejo Nacional Electoral.”

“2. El 23 de Marzo de 1988 el Juzgado Penal del Circuito de Pasto condenó a SAMUEL ALBERTO ESCRUCERIA MANZI a la pena de 23 meses de prisión por el delito de peculado.”

“3. Apelada esta sentencia ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, éste la confirmó y aumentó a 31 meses y 20 días la pena privativa de la libertad contra SAMUEL ALBERTO ESCRUCERIA MANZI, mediante providencia del 4 de octubre de 1988.”

En auto de 18 de agosto de 1992 fue admitida la demanda.

En el término de fijación en lista el Doctor ESCRUCERIA MANZI guardó silencio.

Precluida la etapa probatoria se ordenó correr traslado a las partes para los alegatos de conclusión; tampoco hubo pronunciamiento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El 8 de junio de 1992, el senador CARLOS ESPINOZA FACCIOLINCE, por los mismos hechos aquí expuestos, demandó se decretara la pérdida de investidura del Ex-Senador SAMUEL ALBERTO ESCRUCERIA MANZI. El proceso fue tramitado, y con ponencia del Consejero Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO, se profirió la Sentencia del 8 de septiembre de 1992, cuya copia obra a folios 143 a 169 del expediente; en esa oportunidad la Sala decidió:

“No prosperan las excepciones propuestas.”

“Decrétase la pérdida de su investidura como Senador al Doctor SAMUEL ALBERTO ESCRUCERIA MANZI, identificado con la cédula de ciudadana No. 12.906.076 de Tumaco.”

SALA PLENA

Esta circunstancia impide esbozar nuevas argumentaciones jurídicas, debiendo atenerse a la mencionada decisión con aplicación del principio de Cosa Juzgada.

En consecuencia, para la Sala son suficientes los planteamientos expuestos, por lo cual El Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

FALLA

PRIMERO: DECLARASE oficiosamente probada la excepción de Cosa Juzgada.

SEGUNDO: ESTESE a lo resuelto en la Sentencia de fecha 8 de septiembre de 1992.

TERCERO: EJECUTORIADA esta sentencia archívese el expediente.

Cópiese, Notifíquese, y Cúmplase.

Guillermo Chaín Lizcano, Presidente; Jaime Abella Zárate, (aclaró), Joaquín Barreto Ruiz, Miren De La Lombana de M., Delio Gómez Leyva, Amado Gutiérrez Velázquez, (salvo voto), Alvaro Lecompte Luna, Libardo Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Miguel Viana Patiño, Juan de Dios Montes Hernández, Ernesto Rafael Arfza Muñoz, (salvo voto), Carlos Betancur Jaramillo, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, (salvo voto), Luis Eduardo Jaramillo, Carlos Orjuela Góngora, Yesid Rojas Serrano, Julio César Uribe Costa, Diego Younes Moreno.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

Se deja constancia que esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintisiete de abril de 1993.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Procedimiento

Mientras el legislador no expida la norma que consagre el procedimiento contencioso-administrativo especial, que la misma ley ha previsto para el trámite y decisión de las solicitudes de pérdida de la investidura de congresista, no es dable darles curso, ya que, de un lado, el mismo legislador ha dispuesto expresamente que deben tramitarse por un procedimiento especial, lo cual constituye garantía del derecho al debido proceso consagrado en la Carta Política, y, por cuanto, de otro lado, el procedimiento ordinario, por mandato de la misma ley procesal es para las contenciones que no tengan señalado un procedimiento especial y no para aquellas que deben tenerlo por disposición expresa de la misma ley, que permita, además, tramitar y resolver en el término consagrado expresamente en la Constitución.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente AC-174. Actor: ALBERTO ALVAREZ J.

He venido separándome, desde el comienzo, del criterio jurisprudencial adoptado por la mayoría de la Sala en casos semejantes, por cuanto he considerado que mientras el legislador no expida la norma que consagre el procedimiento contencioso-administrativo especial, que la misma ley ha previsto para el trámite y decisión de las solicitudes de pérdida de la Investidura de congresista, no es dable darles curso, ya que, de un lado, el mismo legislador ha dispuesto expresamente que deben tramitarse por un procedimiento especial, lo cual constituye garantía del derecho al debido proceso consagrado en la Carta Política, y, por cuanto, de otro lado, el procedimiento ordinario, por mandato de la misma ley procesal es para las contenciones que no tengan señalado un

SALA PLENA

procedimiento especial y no para aquellas que deben tenerlo por disposición expresa de la misma ley, que permita, además, tramitar y resolver en el término consagrado expresamente en la Constitución.

Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado.

Fecha *Ut Supra*.

PERDIDA DE INVESTIDURA - Procedimiento

El Consejo de Estado debe esperar la regulación del procedimiento a seguir para ejercer la competencia asignada por el art. 184 de la Constitución.

ACLARACION DE VOTO

Referencia: Expediente No.AC-174. Actor: ALBERTO ALVAREZ JIMENEZ. Fallo 27 de abril de 1993.

Ponente: Dr. Juan De Dios Montes Hernández.

Con posterioridad al fallo del 8 de septiembre de 1992 que suscribí, he considerado que el Consejo de Estado debe esperar la regulación del procedimiento a seguir para ejercer la competencia asignada por el art. 184 de la Constitución.

No obstante, la situación procesal dada en este expediente 174, es clara por referirse al mismo proceso resuelto con anterioridad por la Sala, de donde surge que la solución no podía ser otra que la adoptada en esta providencia del 27 de abril.

Jaime Abella Zárate

Santa Fe de Bogotá D.C., treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

PERDIDA DE LA INVESTIDURA -Tramite (salvamento de voto).

El decreto de pérdida de la investidura de los congresistas implica el ejercicio de una competencia jurisdiccional constitucional con regulación constitucional y legal preferencial y especial. En la tramitación del presente proceso se contrarió en forma notoria y ostensible el artículo 184 de la Constitución política. El Procedimiento ordinario contencioso administrativo no se puede aplicar al proceso de pérdida de la investidura de los congresistas.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente No.AC-174. Actor: ALBERTO ALVAREZ JIMENEZ.

Como en la sentencia se declara probada la excepción de cosa juzgada y se está a lo resuelto en la sentencia de 8 de septiembre de 1992, en que se declaró la pérdida de la investidura como senador del doctor **SAMUEL ALBERTO ESCRUCERIA MANZI**, diciendo de ella por las mismas razones expresadas a título de salvamento de voto en la sentencia últimamente citada.

Dije al efecto:

“...I-. El decreto de pérdida de la investidura de los congresistas implica el ejercicio de una competencia jurisdiccional constitucional con regulación constitucional y legal preferencial y especial.

La Constitución Política de 1991 le asignó al Consejo de Estado una nueva competencia de carácter jurisdiccional y constitucional, en el artículo

237 ordinal 5o, y es la de **“Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley.”**

De acuerdo con el texto anterior la competencia en referencia debe ejercerla el Consejo de Estado de conformidad con la Constitución, es decir, con base en las reglas señaladas en los artículos 183 (indica las causales de pérdida de la investidura) y 184 de la misma (determina el término de duración del proceso y quienes están legitimados para promoverlo) y la ley.

Esa sujeción a los artículos 183 y 184, supone, que en materia de causales de pérdida de la investidura, de término de duración del proceso y legitimación para promoverlo, el Consejo de Estado debe darle aplicación estricta y preferencial a dichos textos, por mandato del artículo 4o de la misma Carta.

En cuanto a la sujeción a la ley, cabe resaltar que por ser nueva la institución reclama su expedición por el Congreso, con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Constitución, lo que aún no ha hecho, y debe tener un carácter especial: por razón de la materia y por la necesidad de sujetarse con fidelidad a los artículos 183 y 184 ya mencionados.

II-. En la tramitación del presente proceso se contrarió en forma notoria y ostensible el artículo 184 de la Constitución política.

Este precepto, al igual que los demás de la Carta, es norma de normas y prevalece sobre la ley o cualquiera norma jurídica, según el artículo 4o ya citado. Dado tal carácter, en el trámite de la pérdida de investidura de los congresistas debe atenderse plenamente sus ordenaciones: **“que se decrete la desinvestidura “en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud”, y que ésta “sea formulada por la mesa directiva de la cámara correspondiente o por cualquier ciudadano”.**

El carácter perentorio y breve del término constitucional anterior, torna imposible que al proceso de pérdida de la investidura de los congresistas se puede aplicar el trámite del procedimiento ordinario contencioso administrativo, previsto en los artículos 206 a 211 del C.C.A., cuyas etapas transcurren: la fijación en lista, cinco días; la probatoria, entre diez y sesenta días (en el subjuicio se señalaron diez); la de alegaciones, diez días. Es tan evidente el no cumplimiento del procedimiento ordinario en el proceso sub-examine que cuando se cumplieron los veinte días previstos en la Carta: el 8 de julio, apenas había vencido la etapa de fijación en lista: el 7 del mismo mes, y faltaban por tramitarse la probatoria y la de alegaciones.

SALA PLENA

La transgresión del artículo 184 también se da respecto de la legitimación para promover la solicitud, pues en el presente caso se hizo por el Presidente del Senado y no por la Mesa Directiva -conforme lo exige el precepto-, la cual, según el artículo 7o de la Ley 17 de 1970, vigente para la fecha de la solicitud: 8 de junio del presente año, estaba integrada por el Presidente, Primero y Segundo Vicepresidente.

III-. El Procedimiento ordinario contencioso administrativo no se puede aplicar al proceso de pérdida de la investidura de los congresistas.

El análisis precedente pone en evidencia que, dada la preceptiva del artículo 184 de la Constitución Política, al proceso de la referencia no se le puede aplicar el trámite del procedimiento ordinario contencioso administrativo.

IV-. Se violó flagrantemente el debido proceso.

En el caso sub-examine se transgredió el artículo 29 de la Constitución Política, dado que en el proceso no hubo "observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio", por no existir procedimiento y reclamar, como se ha visto, una ley especial que lo establezca.

La ausencia de ley especial reguladora del procedimiento en esta clase de procesos, pone de presente la existencia de una causal de nulidad insaneable, y es la prevista en el artículo 140 numeral 4o del C. de P.C., la cual ameritaba invalidar todo lo actuado.."

Fecha *Ut supra*.

Ernesto Rafael Aríza Muñoz, Consejero

**PERDIDA DE LA INVESTIDURA / SALA PLENA /
COMPETENCIA -(Salvamento de Voto).**

Una vez más y con el mayor respeto con el criterio mayoritario de la Sala, consigno mi disentimiento con la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de asumir el conocimiento de los procesos de pérdida de la investidura de Congresista, que considero corresponde a la Sala Plena del Consejo de Estado según lo prescribe la Ley 5a. de 1992.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente No.174. Actor: ALBERTO ALVAREZ JIMENEZ.

Una vez más y con el mayor respeto con el criterio mayoritario de la Sala, consigno mi disentimiento con la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de asumir el conocimiento de los procesos de pérdida de la investidura de Congresista, que considero corresponde a la Sala Plena del Consejo de Estado según lo prescribe la Ley 5a. de 1992.-

Además, porque no se ha expedido la ley que regle el procedimiento a seguir, el cual debe permitir la decisión del proceso en el término de 20 días que señala el Art. 184 de la Constitución Política.-

Santa Fe de Bogotá D.C., siete (7) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Amado Gutiérrez Velásquez.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA / DEMANDA - Requisitos

El párrafo 2o. del artículo 296 de la 5a. de 1992 ha previsto un requisito especial para la solicitud de pérdida de la investidura cuando se fundamenta en la causal de indebida destinación de dineros públicos, consistente en que en ese caso “se requerirá previa sentencia penal condenatoria”, requisito que viene a constituirse en un presupuesto especial de la demanda, de la cual depende que el Consejo de Estado tenga realmente jurisdicción sobre el caso, pues mientras aquella sentencia no se produzca, la jurisdicción pertenece al juez penal correspondiente.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente No. AC-742. Actor: PEDRO ANTONIO RODRIGUEZ RUBIANO.

El ciudadano Pedro Antonio Rodríguez Rubiano ha presentado demanda ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado para que en virtud del numeral 4. del artículo 183 de la Constitución Política “se decrete la pérdida de investidura que como Senador de la República ostenta el doctor Andrés Pastrana Arango elegido para el período constitucional de diciembre de 1991 a julio de 1994”.

Para resolver sobre la admisión de la demanda

SE CONSIDERA:

1.- Desde el punto de vista de la competencia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha decidido que las expresiones contenidas en el artículo 184 de la Constitución en el sentido de que “la pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado” y en los artículos 297 y 298 de la Ley 5a. de 1992 en cuanto se refieren al “Consejo de Estado en pleno”, deben entenderse referidas a la ya citada Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por tratarse de un asunto jurisdiccional (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Autos de 16 de febrero y de 2 de abril de 1993. Actor: Procuraduría General de la Nación, Expedientes Nos. AC-430 y AC-500, respectivamente).

2.- En relación con el procedimiento, la misma Sala ha determinado que no obstante que el artículo 184 de la Constitución ordena que la pérdida de la investidura será decretada “de acuerdo con la ley y en término no mayor de veinte días hábiles contados a partir de la fecha de la solicitud...”, y que el artículo 304 de la ley 5a de 1992 expresa que “la ley fijará el procedimiento judicial especial correspondiente a la acción pública de pérdida de la investidura...”, mientras se expiden las normas que fijen dicho procedimiento especial, la acción se debe tramitar por el procedimiento ordinario consagrado en el Título XXIV del Código Contencioso Administrativo en virtud de que el artículo 206 de este estatuto prevé que “este procedimiento también debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios para los cuales la ley no señale un trámite especial ” (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 8 de septiembre de 1992. Consejero Ponente doctor Guillermo Chahin Lizcano. Actor: Carlos Espinosa Faccio Lince, Expediente No. AC-175).

3.- En cuanto al contenido de la demanda, si bien ella reúne los requisitos formales previstos en el artículo 137 de C.C.A., en el caso concreto se observa que el parágrafo 2o del artículo 296 de la ley 5a. de 1992 ha previsto un requisito especial para la solicitud de pérdida de la investidura cuando se fundamenta en la causal de indebida destinación de dineros públicos, consistente en que en ese caso “se requerirá previa sentencia penal condenatoria”, requisito que viene a constituirse en un presupuesto especial de la demanda, del cual depende que el Consejo de Estado tenga realmente jurisdicción sobre el caso, pues mientras aquella sentencia no se produzca, la jurisdicción pertenece al juez penal correspondiente.

4.- Concordantemente con lo anterior, si se tiene en cuenta que los hechos expresados en el escrito como sustentatorios de la demanda se limitan a que “el doctor Andrés Pastrana Arango se halla implicado en un proceso

SALA PLENA

penal que cursa ante la Corte Suprema de Justicia en donde se señala como autor de ilícito relacionados con el uso indebido de dineros públicos la indebida celebración de contratos en la represa de Guavio cuando se desempeñó como Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá...”, para esta Sala Unitaria es claro que cualquier pronunciamiento sobre pérdida de investidura de citado Senador está condicionado a la decisión que se adopte dentro de proceso penal mencionado por el solicitante, por lo cual, de acuerdo con la norma legal anteriormente citada, el proceso contencioso administrativo que pretende iniciarse carece de objeto y de fundamento actuales, y frente a él el Consejo de Estado carece en este momento de jurisdicción por no cumplirse el presupuesto previsto en la misma disposición legal, imponiéndose la inadmisión de la demanda, de acuerdo con lo previsto en el artículo 143 de C.C.A.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

RESUELVE:

INADMITIR la demanda presentada por el ciudadano PEDRO ANTONIO RODRÍGUEZ RUBIANO, tendiente a obtener la declaratoria de pérdida de la investidura de Senador del doctor ANDRES PASTRANA ARANGO.

Notifíquese y Cúmplase.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado

**SERVICIOS SECCIONAL DE SALUD - Naturaleza / GOBERNADOR
/ COMPETENCIA FUNCIONAL**

Los Servicios Seccionales de Salud son dependencias administrativas de los Departamentos y sus servidores son empleados departamentales. La autoridad administrativa competente para conocer del recurso de apelación interpuesto es el señor Gobernador del Huila, por ser el recurrente un empleado del orden departamental y el Jefe del Servicio Seccional de Salud del Huila un inferior desde el punto de vista jerárquico de aquél.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.
Santa Fe de Bogotá D.C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. C-231. Conflicto de competencia entre el Ministerio de Salud y la Gobernación Departamental del Huila.

Se dirime el conflicto de competencia administrativa planteado entre el Ministerio de Salud y la Gobernación Departamental del Huila, en cuanto se declararon incompetentes para conocer del recurso de apelación interpuesto por el señor Eduardo Coronado Aguirre contra la Resolución no. 367 de 10 de Marzo de 1992, expedida por el señor Jefe del Servicio Seccional de Salud del Huila, que le Impuso la sanción de destitución en el cargo de Mensajero del mencionado Servicio Seccional a partir del 11 de Marzo de 1992.

SALA PLENA

1.- ANTECEDENTES

I.1.- El señor Jefe del Servicio Seccional de Salud del Huila comisionó al señor Jefe de la Sección de Personal de la misma entidad para que adelantara Investigación disciplinaria en contra del Mensajero de la institución, Eduardo Coronado Aguirre, por violación al régimen disciplinario.

I.2.- Como culminación del proceso disciplinario se expidió por el señor Jefe del servicio Seccional de Salud del Huila la Resolución no. 367 de 10 Marzo de 1992, mediante la cual se le Impuso la sanción de destitución al empleado Investigado.

I.3.- Contra la Resolución antes mencionada el afectado interpuso el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación.

I.4.- A través de la Resolución no. 454 de 20 de Marzo de 1992 el Jefe del Servicio Seccional de Salud del Huila despachó desfavorablemente el recurso de reposición y concedió el de apelación, en efecto suspensivo, para ante el señor Ministro de Salud.

I.5.- Por medio de la Resolución no. 003207 de 30 de Abril de 1.992, el señor Ministro de Salud rechazó por improcedente el recurso de apelación y devolvió la actuación al Servicio Seccional de Salud del Huila para que la remitiera al señor Gobernador Departamental del Huila, por considerar que éste era el competente para conocer el expresado recurso.

Recibido el expediente administrativo por el señor Gobernador del Departamento del Huila, este funcionario expidió la Resolución no. 659 de 27 de Agosto de 1 992, en la cual rechazó también el recurso de apelación por falta de competencia.

II.- RAZONES QUE ORIGINARON EL CONFLICTO

II.1- POR PARTE DEL MINISTERIO DE SALUD

Para fundamentar su incompetencia en los considerandos de la Resolución no. 002307 de 30 de Abril de 1992 adujo, en lo pertinente, el señor Ministro de Salud:

“..Que este Despacho no tiene competencia para,absolver el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 367 de 10 marzo de 1992 del Servicio Seccional de Salud del Huila, por cuanto, el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades, se ha pronunciado sobre la naturaleza

jurídica de los Servicios Seccionales de Salud y la administración de personal en los mismos, señalando:

- Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Mario Latorre Rueda, fecha: 20 de noviembre de 1978 “El Sistema Nacional de Salud busca coordinar los distintos organismos en general que en la Nación, en los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Distrito Especial existen para procurar en sus distintos aspectos la salud de los habitantes del país. Pero, hay que insistir, no se crean organismos o entidades nuevas en lo nacional o en lo seccional, sino que se coordinan las existentes y esta coordinación en relación con los Servicios Seccionales y el Ministerio de Salud es de carácter técnico”.

- Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Luis Carlos Sáchica, fecha: 9 de diciembre de 1974 “Los Servicios Seccionales de Salud, previstos entre otras normas en el Decreto 654 de 1974, no son establecimientos públicos del orden nacional como los referidos en el ordinal 10 del artículo 76 de la Constitución Política son organismos de las respectivas administraciones, articulados por contratos, en el campo normativo y técnico, no en el administrativo, al sistema nacional de salud”.

- “Las leyes y decretos -leyes mediante los cuales se señalan las pautas generales para prestar en el país el servicio de salud pública, no puede invadir, recortar ni menos negar, la autonomía constitucional de las entidades territoriales para organizar y regular sus propios Servicios Seccionales de Salud en ese campo”.

- “Los empleados de los Servicios Seccionales de Salud lo son de la respectiva Sección, o sea, Departamento, Municipio, Comisaría, o Distrito Especial de Bogotá...”.

Que con base en lo señalado es claro para este Despacho que el Jefe del Servicio Seccional de Salud del Huila, es un empleado del Departamento del Huila y que administrativamente su Superior Jerárquico es el señor Gobernador de ese Departamento, aún cuando para efectos técnicos y en relación exclusivamente para el cumplimiento de las normas científicas y técnicas del Sistema Seccional de Salud, actúa como agente del Ministerio de Salud.

Que por lo expuesto, este Despacho no tiene competencia para absolver el recurso de apelación Interpuesto contra la Resolución No. 367 del 10 de marzo de 1992 emanada del Servicio Seccional de Salud del Huila, toda vez que la competencia corresponde al Señor Gobernador del Departamento del Huila...” (folios 17 y 18).

SALA PLENA

II.2.- POR PARTE DE LA GOBERNACION DEPARTAMENTAL DEL HUILA.

El señor Gobernador del Huila, a su vez, sustentó su Incompetencia en los considerandos de la Resolución no. 659 de 27 de Agosto de 1992 así:

"... Que la Gobernación del Huila no comparte la posición del Ministro de Salud porque el artículo 18 de la Ley 10 de 1990 establece de manera clara e inequívoca un plazo de cinco (5) años para que las Entidades del orden seccional asuman las competencias correspondientes, en el caso de los Departamentos.

Que el Departamento del Huila hasta la fecha, no se ha hecho cargo de dichas responsabilidades ni de ningún personal del Servicio Seccional de Salud del Huila. Esto significa que las personas que laboran actualmente en esta dependencia, no son empleados departamentales y por lo tanto no le corresponde al Gobernador del Departamento resolver el mencionado recurso, sino al Ministro de Salud..." (folios 14 y 15).

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

El aspecto cardinal del conflicto se contrae a dilucidar si el Jefe del Servicio Seccional de Salud del Huila, que expidió el acto administrativo apelado, es un funcionario administrativo del orden departamental o nacional. Si lo primero, su superior jerárquico es el Gobernador, y este será el encargado de decidir el recurso; si lo segundo será el Ministro para el citado fin.

Al respecto cabe tener en cuenta que tanto la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación como su Sección Segunda han sostenido uniforme y reiteradamente que los Servicios Seccionales de Salud son dependencias administrativas de los Departamentos y sus servidores son empleados departamentales.

La Sala de Consulta y Servicio Civil ha consignado tal criterio en varios conceptos, entre otros: los de 9 de Diciembre de 1974 (Radicación no. 941, Consejero ponente: doctor Luis Carlos SÁCHICA) y de 10 de Junio de 1987 (Radicación no. 114, Consejero ponente: doctor Jaime Paredes Tamayo).

En el último enunciado, dicha Sala conceptuó así:

"...El establecimiento de las bases indispensables para la Integración de los servicios asistenciales entre entidades públicas está remitido por el Decreto 1499 de 1966 a la celebración de un convenio o contrato de los previstos en el Decreto extraordinario número 550 de 1960 sobre

descentralización de los servicios públicos, y la prestación de los servicios integrados se coordina, en los términos del mismo contrato, señalándola a cargo de los Servicios Seccionales de Salud, bajo el control y vigilancia del Ministerio de Salud.

Por Decreto-ley 2470 de 1968 el nivel seccional de la organización básica del Sistema Nacional de Salud quedó constituido por los Servicios Seccionales de Salud y sujeta la ejecución de su presupuesto a la vigilancia del respectivo Ministro (artículos 4o. y 9o., aparte d).

Las relaciones entre los niveles nacional y regional, cuando las conveniencias lo aconsejen, se formalizarán a través de los contratos a que se refieren la Ley 19 de 1958, artículo 20 y los artículos 31 y 32 del Decreto 1050 de 1968.

Mediante tales contratos se crean las unidades técnicas y administrativas denominadas Servicios Seccionales de Salud, organizadas por el Decreto 1499 de 1966, de los cuales dependerán a su vez los servicios locales de salud". (Artículo 32 *ibídem*).

Establecida por el Decreto 056 de 1975 la organización básica como Sistema Nacional de Salud, en sus niveles nacional, seccional y local, la dirección del Sistema a nivel seccional se atribuyó a los Servicios Seccionales de Salud que funcionen en las capitales de los departamentos, de las Intendencias, de las Comisarías y en el Distrito Especial de Bogotá (artículo 7o. *ibídem*) y quedó previsto el funcionamiento de tales servicios "como dependencias técnicas del Ministerio de Salud Pública" (artículo 8o. *ibídem*) e incorporadas al mismo las Secretarías de Salud de los Departamentos, de las Intendencias y Comisarías y del Distrito Especial de Bogotá (artículo 10o. *ibídem*).

Los Jefes de los Servicios Seccionales de Salud serán nombrados de acuerdo con el contrato de integración y para el cumplimiento de las normas del Sistema Nacional de Salud, actuarán como agentes del Ministerio de Salud Pública (artículo 13 *ibídem*).

Por el Decreto No. 356 de 1975 fueron adscritas al Sistema Nacional de Salud las entidades de derecho público que presten servicios de salud a la comunidad y sometidas sus actividades a las disposiciones que regulan los Subsistemas Nacionales de inversión, Suministros, Planeación, Información, Personal y las demás que se implanten para el desarrollo del Sistema. (Decreto 526 de 1975, artículos 6o., 15, 20, 21, 26 y 32).

SALA PLENA

La organización y funcionamiento de los Servicios Seccionales de Salud establecida por el Decreto No. 706 de 1974 remite su creación al contrato celebrado entre la Nación, Ministerio de Salud Pública y el respectivo Departamento, Intendencia, Comisaría y Distrito Especial de Bogotá y las correspondientes Beneficencias y Loterías (artículo 2o.) y subordina las cláusulas del contrato a las disposiciones legales vigentes y en especial a las contenidas en los Decretos 621, 654, 655 y 673 de 1974, sustituidos hoy por los Decretos 056 de 1975, 356 de 1.975 y 121 de 1976.

Dicho origen excluye la posibilidad de considerar los Servicios Seccionales de Salud como organismo integrante de la Rama Ejecutiva, en cuanto unidad administrativa especial del orden nacional, pues, su organización y fines no corresponden a las señaladas por el artículo 1o. del Decreto 1.050 de 1968 a organismos de tal naturaleza ni al concepto doctrinario que los asimila, v.g. a dependencias nacidas de acuerdos con organismos internacionales, no sometidas al régimen administrativo ordinario por requerir gestión conjunta el manejo de sus recursos y de su personal. Por su parte el Decreto 121 de 1976, reorgánico del Ministerio de Salud Pública que forma parte del Sistema Nacional de Salud y es su organismo de dirección a nivel nacional, sólo contiene en su estructura, bajo la denominación de Unidad Administrativa Especial, la Dirección de Campañas Directas (artículos 20 y 35).

En los "niveles funcionales" de los Servicios Seccionales de Salud sus "unidades operativas" se denominan, según el artículo 5o. del Decreto 706 de 1974, Divisiones, Secciones y Grupos; o "Coordinación Ejecutiva", Oficinas, Comités o Consejos. "En el contrato de constitución de los Servicios Seccionales se señalarán los funcionarios responsables del cumplimiento de las actividades que se les asignen en cada una de las unidades operativas". (Parágrafo).

Tampoco coincide la organización de las unidades relacionadas con aquellas a que se refiere el artículo 19, parágrafo 2o. del Decreto 1.050 de 1968, concebidas para la prestación regional de los servicios encomendados a un Ministerio, sujetas al mismo régimen de la estructura central, pues la concurrencia de otras entidades de derecho público en la constitución por contrato, forma propia de integración al sistema de Servicios Seccionales de Salud, determina un origen y naturaleza especiales, inasimilables a cualquier estructura central o descentralizada del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial o distrital.

No son asimilables a dichas estructuras los Servicios Seccionales de Salud, porque su condición de dependencia técnica del Ministerio de Salud sólo implica un nivel seccional del funcionamiento de un sistema que no afecta en manera alguna, sino se superpone al conjunto de organismos que integran

la respectiva Secretaría o Departamento Administrativo y las entidades que le están adscritas o vinculadas en el sector administrativo correspondiente a la estructura de la administración departamental determinada por medio de ordenanza. Resultan ser, por lo tanto, servidores departamentales quienes prestan sus servicios en cargos permanentes de los organismos de dirección del Sistema Nacional de Salud, a nivel seccional, como son los Servicios Seccionales de Salud. Y la determinación de las plantas de personal, o sea la creación, supresión y fusión de cargos en la administración departamental, corresponde cumplirla a los gobernadores con sujeción estricta a las normas que expidan las asambleas sobre nomenclatura, clasificación y remuneración de empleos (artículo 232 Decreto 1222 de 1986).

Estas mismas competencias confieren al Concejo de Bogotá los artículos 13, ordinal 3o. y 16, ordinal 14, del Decreto 3133 de 1968.

Sobre estas bases, síntesis del contenido constitucional y legal vigente sobre la materia y sin perjuicio de la organización administrativa propia de las entidades territoriales, puede tener aplicación el Estatuto de Personal para el Sistema Nacional de Salud Decreto-No. 694 de 1975-, requerido por este en cuanto “régimen de administración de personal uniforme, flexible y adaptable a las características propias de los organismos, instituciones, entidades y agencias...” que conforman el Sistema Nacional de Salud en sus diferentes niveles.

En las razones expuestas con sostenidos criterios de la Sala al abordar la materia desde su primer cuestionamiento, se funda ahora la conclusión sobre la condición correspondiente a los empleados de los Servicios Seccionales de Salud, o sea, los términos de su relación laboral que vienen a ser determinantes de su afiliación al Fondo Nacional de Ahorro.

Dentro de este orden de ideas, los Servicios Seccionales de Salud hacen parte de la estructura administrativa de los Departamentos, sus servidores son empleados o trabajadores oficiales departamentales... (subrayas fuera del texto).

La Sección Segunda de esta Sala ha compartido también dicho aserto. Valga resaltar al efecto las sentencias de 20 de Enero de 1983 (Expediente no. 5493, Actor: Carlos Piñeres Fuentes, Consejero ponente: doctor Alvaro Orejuela Gómez) y de 8 de Junio de 1992 (Expediente no. 4554, Actora: Contraloría General de la República y otro, Consejera ponente: doctora Clara Forero de Castro).

SALA PLENA

En lo tocante a la referencia que hace el señor Gobernador del Departamento del Huila al artículo 18 de la Ley 10a de 1990, para fundamentar su incompetencia, la Sala pone de presente que obedeció a una equivocada interpretación del citado precepto, pues éste en manera alguna regula lo atinente a la naturaleza jurídica de los Servicios Seccionales de Salud y al carácter nacional o departamental de sus servidores. Lo que estatuye el artículo es que los Departamentos directamente (a través de sus dependencias como los Servicios Seccionales de Salud, anota la Sala), o a través de entidades descentralizadas directas o indirectas, o mediante sistemas asociativos, asuman en el término de 5 años “ la dirección y prestación de los servicios de salud del segundo y tercer nivel de atención que comprende los hospitales regionales, universitarios y especializados” y para que cedan “a los municipios o a sus entes descentralizados, bienes, elementos e instalaciones destinados a la prestación de servicios de salud”, conforme a los artículos 6o y 16 de dicha Ley. Resulta pertinente puntualizar que la aludida Ley reconoce la existencia de los Servicios Seccionales de Salud como dependencias de los Departamentos y su manejo autónomo por parte de éstos, en sus artículos 4o, 5o, 10o y 11.

Las Consideraciones precedentes llevan a la Sala a concluir que la autoridad administrativa competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por Eduardo Coronado Aguirre es el señor Gobernador del Huila, por ser el recurrente un empleado del orden departamental y el Jefe del Servicio Seccional de Salud del Huila un inferior desde el punto de vista jerárquico de aquél.

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

RESUELVE:

Dirímese el conflicto de competencia planteado entre el señor Ministro de Salud y el señor Gobernador del Huila en el sentido de que corresponde a éste último conocer del recurso de apelación interpuesto por Eduardo Coronado Aguirre contra la Resolución No. 367 de 10 de Marzo de 1992, expedida por, el señor Jefe del Servicio Seccional de Salud del Huila.

En consecuencia, envíese el expediente administrativo al señor Gobernador del Departamento del Huila y comuníquese lo dispuesto en esta providencia al señor Ministro de Salud.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día 27 de abril de 1993.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; Dolly Pedraza de Arenas, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Betancur Jaramillo, Clara Forero de Castro, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández, Libardo Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta, Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruíz, Miren de la Lombana Magyaroff, (ausente); Miguel González Rodríguez, Luís Eduardo Jaramillo Mejía, Delio Gómez Leyva, Carlos Orjuela Góngora, Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández, Miguel Viana Patiño, Diego Younes Moreno.

**CONFLICTO DE COMPETENCIA / COMPETENCIA
TERRITORIAL / NULIDAD PROCESAL - Saneamiento /
PRINCIPIO DE REMISION**

Las nulidades y demás irregularidades subsanables por la actuación procesal de las partes dentro del litigio, no pueden quedar supeditadas al requisito formal de su alegación inicial dentro de la oportunidad legalmente señalada para que quede trabada la *litis*, pues es obvio que si en el proceso contencioso administrativo desapareció la posibilidad de proponer excepciones previas, no ocurrió lo mismo respecto de otros aspectos determinantes de la competencia, como las nulidades y la forma de sanearlas, cuya vigencia y aplicación, por mandato expreso del artículo 165 del C.C.A. quedaron regidas por las disposiciones que, en lo pertinente, se encuentran previstas en el Código de Procedimiento Civil. El Código de Procedimiento Civil, sí es aplicable en lo contencioso administrativo en aspectos referentes a la competencia. El saneamiento de algunas de las irregularidades consagradas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, por el silencio de las partes, está expresamente señalado en la ley procesal por lo que su consagración obedece más, que al rígido criterio de su presentación bajo una denominación exceptiva que desapareció dentro de la regulación contencioso administrativa, a los principios orientadores de la actuación administrativa sobre economía, eficacia y celeridad; y sobre la prevalencia de los sustantivo sobre lo formal establecido en la Constitución Nacional.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo
Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. C-227. Actor: DIONISIO VELASCO VELASCO. Conflicto de competencia entre los tribunales administrativos de Cundinamarca y Cauca.

Procede la Sala a decidir el conflicto de competencia suscitado entre los Tribunales Administrativos de Cundinamarca y del Cauca, con el fin de determinar la competencia para el conocimiento del proceso promovido por el doctor Dionisio Velasco contra el Instituto Colombiano de Construcciones Escolares ICCE.

ANTECEDENTES

1.- Mediante apoderado debidamente constituido, el Ingeniero Dionisio Velasco Velasco, en escrito obrante a folios 2 a 21 del expediente, demandó en acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, la anulación de las resoluciones 01120 del 3 de agosto de 1988, proferida por el Director General del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares ICCE, mediante la cual se negó al demandante el reajuste, por mora en el pago, del contrato 1208 Primaria 85 de fecha noviembre 13 de 1985 y sus adicionales números 1 y 2 de 3 de enero y 15 de octubre de 1986, la anulación del acto calendado el 10 de junio de 1987- "Estudio de Reajuste de Precios" - suscrito por la arquitecta Gladys A. Laverde Pava, el Jefe de la Sección de Supervisión de Interventorías, el Jefe de la División de Interventorías y el Subdirector de Construcciones del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares ICCE; la nulidad del acta No. 1 de junio 15 de 1987 sobre reajuste de precios; y la reparación de los daños y perjuicios causados.

2.- Admitida la demanda en proveído del 18 de noviembre de 1988 y surtidos los trámites procesales correspondientes hasta el traslado a las partes para alegar de conclusión, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió, a solicitud de la parte demandada, el auto de fecha 30 de noviembre de 1992, por el cual ordenó remitir el proceso al Tribunal Administrativo del Cauca por competencia territorial, al considerar que "el lugar de ejecución del contrato es la ciudad de Popayán (Departamento del Cauca)" (fl. 300-301).

3.- Recurrida en reposición la providencia que dispuso la remisión del proceso al Tribunal del Cauca, el recurso fue denegado en auto del 2 de abril de-1992 (fl. 305-308).

4.- El Tribunal Administrativo del Cauca, en resolución de fecha 14 de julio de 1992, no aceptó asumir la competencia por considerar que la nulidad

SALA PLENA

derivada del numeral 2o. del artículo 140 del C. de P. C., fue saneada “en el momento que la entidad demandada, Ministerio de Educación Nacional, ni en la contestación de la demanda, ni durante el término de fijación en lista alegó la nulidad de falta de competencia, circunstancia que de conformidad con lo previsto en el artículo 144 numeral 5 del estatuto procesal civil, amplió la competencia al Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que pudiera seguir conociendo del proceso hasta su culminación”. (fl.315-318).

5.- Devuelto el negocio al Tribunal de Cundinamarca, esta Corporación, ordenó de nuevo su remisión al Tribunal del Cauca en auto de agosto 20 de 1992 al estimar que la actuación cumplida tenía plena validez al tenor del artículo 215 del C.C.A., por lo que no se generaba nulidad alguna.

Considera, además, que en el caso *sub-lite* no era aplicable el numeral 5o. del artículo 144 del C. de P.C. que consagra el saneamiento de las nulidades originadas en la ausencia de competencia distinta de la funcional cuando ésta no es alegada como excepción previa, porque este medio de defensa ni es viable en los procesos contencioso administrativos, ni se justifica acudir a otros ordenamientos ante la existencia de normas expresas que regulan los conflictos de competencia (fls. 324 a 325).

6.- En auto del 18 de noviembre de 1992, el Tribunal Administrativo del Cauca, dando cumplimiento al inciso 2o. del artículo 215 del C.C.A., dispuso el envío del proceso al Consejo de Estado para dirimir la competencia (Fl. 327).

CONSIDERACIONES

Conforme a las pruebas y antecedentes, el conflicto suscitado esta centrado en la competencia para el conocimiento del proceso por el factor territorial que, en principio, el Tribunal Administrativo del Cauca acepta, pero cuyo conocimiento, en últimas, dice no corresponderle por cuanto la nulidad generada en la actuación cumplida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, fue saneada en los términos del numeral 5o. del artículo 144 del C. de P.C., por haber actuado la parte demandada en el transcurso del proceso sin haber hecho reclamación alguna al respecto en su debida oportunidad.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por su parte, estima que el numeral 5o. del artículo 144 del C. de P.C. no es aplicable, por no ser viable la formulación de excepciones previas en el proceso contencioso administrativo y, además, por existir en él norma expresa reguladora del conflicto de competencia.

Claramente se desprende del inciso final del artículo 215 del C.C.A., la validez de la actuación cumplida por el Tribunal Administrativo en el curso del proceso el cual se tramitó hasta el momento de proferir sentencia.

No consideró el legislador que en estos casos -de conflictos de competencia- se afectara la actuación. Siendo ello así es nítido, además, que el espíritu que anima la norma es el de preservar los principios de economía y eficacia en la administración de justicia.

Desde este enfoque, es claro que las nulidades y demás irregularidades subsanables por la actuación procesal de las partes dentro del litigio, no pueden quedar supeditadas al requisito formal de su alegación inicial dentro de la oportunidad legalmente señalada para que quede trabada la *litis*, pues es obvio que si en el proceso contencioso administrativo desapareció la posibilidad de proponer excepciones previas, no ocurrió lo mismo respecto de otros aspectos determinantes de la competencia, como las nulidades y la forma de sanearlas, cuya vigencia y aplicación, por mandato expreso del artículo 165 del C.C.A. quedaron regidas por las disposiciones que, en lo pertinente, se encuentran previstas en el Código de Procedimiento Civil.

Contrariamente a lo sostenido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el Código de Procedimiento Civil, sí es aplicable en lo contencioso administrativo en aspectos referentes a la competencia, no sólo por lo que se ha expuesto, sino también porque a través de su observancia se hacen viables y se dá cumplimiento a los principios orientadores de las actuaciones administrativas que son el fundamento y la base primordial de una buena y eficiente administración de justicia.

Ahora bien, prevaleciendo en la administración de justicia lo sustancial sobre lo formal, como se desprende del art. 228 de la Constitución Nacional, y siendo un mandato legal utilizar e interpretar las normas procesales como instrumentos dirigidos a lograr la efectividad de los derechos reconocidos por la ley y cumpliéndose la garantía Constitucional del debido proceso, el respeto al derecho de defensa y la igualdad de las partes, es obvio concluir que el conocimiento de este proceso corresponde al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pues, además de lo expuesto en el caso *subjúdice*,

1o.- Ninguna de las partes manifestó su inconformidad por incompetencia basada en el factor territorial, oportunamente.

2o.- Dicha incompetencia es saneable expresa o tácitamente por las partes, por lo que no puede ser declarada de oficio por el juez.

SALA PLENA

3o.- El saneamiento de algunas de las irregularidades consagradas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, por el silencio de las partes, esta expresamente señalado en la ley procesal por lo que su consagración obedece más, que al rígido criterio de su presentación bajo una denominación exceptiva que desapareció dentro de la regulación contencioso administrativa, a los principios orientadores de la actuación administrativa sobre economía, eficacia y celeridad; y sobre la prevalencia de lo sustantivo sobre lo formal establecido en la Constitución Nacional.

4o.- Como bien lo observa la Sección Tercera de esta Sala, en auto del 4 de octubre de 1991, expediente 6926, actor Juan Julio Bechara Martínez, Consejero Ponente Doctor Daniel Suárez Hernández, cuya jurisprudencia acoge la Sala,

“... Resulta abiertamente contrario a los principios de la lealtad procesal, seguridad de las partes y economía en las actuaciones judiciales, el que se presenten situaciones como la que hoy se revisa, pues, pugna contra dichos principios declarar la ineficacia del proceso, por el simple prurito de que debió tramitarse ante otro tribunal, de igual jerarquía y connotación, a donde de hecho se radicó el proceso.”

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

RESUELVE

Dirimir el conflicto de competencia suscitado entre los Tribunales Administrativos de Cundinamarca y Cauca, en el sentido de que el competente para conocer del presente proceso es el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, a quien se le remitirá el expediente para que continúe con la actuación.

Por Secretaría hágase conocer al Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, mediante el envío de copia de esta providencia, lo aquí resuelto.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del diez (10) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Guillermo Chahin Lizcano, Presidente; Dolly Pedraza de Arenas, Vicepresidente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Ausente; Carlos Betancur Jaramillo, Miguel González Rodríguez, Jaime Abella Zárate, Joaquín

Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Amado Gutiérrez Velásquez, (ausente); Miren De La Lombana de Magyaroff, Juan de Dios Montes Hernández, Libardo Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, (ausente); Julio César Uribe Acosta, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández, Miguel Viana Patiño, Diego Younes Moreno.

Nubia González Cerón, Secretaria General

COMPETENCIA TERRITORIAL/ NULIDAD PROCESAL - Saneamiento

En rigor jurídico, en el *sub-lite* propiamente no existe conflicto de competencia entre los tribunales. Como ninguna de las partes expresaron inconformidad en relación con la incompetencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, derivada del factor territorial - dentro de la oportunidad legal - y no es de las nulidades que el juez puede declarar oficiosamente, se considera saneada.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo
Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. C-228. Actor: TOMAS CASTRILLON VALENCIA - Conflicto de Competencia.

Dirime la Sala el conflicto de competencia surgido entre los Tribunales Administrativos de Cundinamarca y Cauca.

ANTECEDENTES

1) El señor TOMAS CASTRILLON VALENCIA por intermedio de apoderado, acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para formular demanda contra el Instituto Colombiano de Construcciones Escolares "ICCE".

2) En la demanda se impugnan los siguientes actos:

a) Resolución No. 01119 de agosto 3 de 1988, expedida por el "ICCE", en cuanto negó al demandante la actualización o reajuste legal por mora o el pago del saldo del contrato No.1207 primaria/85 y sus adicionales 1 y 2, suscritos el 13 de noviembre de 1985 y 3 de enero de 1986 respectivamente para la restauración de la Escuela Anexa de la Normal de Señoritas -Sede Antigua-Sector A, en la ciudad de Popayán.

b) Acto que contiene el estudio de reajuste de precios, suscrito el 8 de Junio de 1987.

c) Acta No. 1 de 15 de junio de 1987.

3) La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y admitida mediante auto de 26 de noviembre de 1988 (fl. 118).

4) En proveído de noviembre 14 de 1991, a solicitud de la Fiscalía, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca observó que la materia de la *litis* versaba sobre la restauración de una obra en la ciudad de Popayán. En esas condiciones y en aplicación de la regla señalada en el numeral 8o. del art. 132 del C.C.A., la competencia para el conocimiento del asunto correspondía al Tribunal Administrativo del Cauca. En consecuencia, ordenó la remisión del proceso a dicho organismo.

5) La providencia mediante la cual el Tribunal ordenó la remisión del proceso al Tribunal del Cauca, fue recurrida por la apoderada del demandante y confirmada mediante auto de 20 de febrero de 1992.

6) Recibido el expediente por el Tribunal Administrativo del Cauca, observó que **efectivamente se había configurado incompetencia territorial por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca**, generándose una nulidad que vino a ser saneada, cuando la entidad demandada contestó la demanda, pues no formuló incidente de nulidad, ni propuso excepción previa por falta de competencia, circunstancia que de conformidad con el numeral 5o. del artículo 144 del C.P.C., ampliaba la competencia para que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca siguiera conociendo del proceso hasta su culminación.

En esos términos, ordenó devolver el asunto al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que siguiera conociendo del asunto.

7) De regreso el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por auto de Julio 30 de 1992, ordenó remitirlo de nuevo al Tribunal del Cauca, pues consideró que, en estos eventos por existir norma expresa, no es aplicable

SALA PLENA

el C.P.C. Esta decisión también fue recurrida por la apoderada del actor y confirmada mediante auto de septiembre 3 de 1992.

8) Una vez más, recibido el proceso por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante auto de diciembre 9 de 1992 y con fundamento en lo dispuesto en el inciso 2o. del artículo 215 del C.C.A., remitió el asunto al Consejo de Estado para dirimir el conflicto de competencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De acuerdo con los antecedentes antes registrados, la controversia, versa sobre lo siguiente:

1) Las Corporaciones involucradas coinciden en afirmar que efectivamente la competencia para el conocimiento del asunto determinada por el factor territorial, corresponde al Tribunal Administrativo del Cauca.

2) La diferencia de criterios entre los mencionados tribunales, radica en que:

a) Para el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, una vez advertida la incompetencia, se debe remitir el expediente al competente, en obediencia de lo establecido en el artículo 215 del Código Contencioso Administrativo, y

b) Para el Tribunal Administrativo del Cauca, la norma aplicable en este caso, es la consagrada en el numeral 5o. del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, según la cual, la nulidad se considera saneada, cuando la "falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa". A su entender, en este caso, la nulidad por falta de competencia territorial, se ha saneado y en tal virtud, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca debe seguir conociendo del asunto hasta su culminación.

3) Es preciso advertir, que en rigor jurídico, en el *sub-lite* propiamente no existe conflicto de competencia entre los mencionados tribunales, pues el Tribunal Administrativo del Cauca en ningún momento se ha declarado incompetente para conocer del asunto, sino que lo que ha planteado es si la nulidad por falta de competencia territorial fue saneada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en esas condiciones estima que este organismo debe seguir conociendo del proceso hasta su culminación.

4) Así pues, la materia de análisis, se orientará a dilucidar, si efectivamente la nulidad fue saneada, para lo cual se exponen las siguientes razones:

a) La disposición que invoca el Tribunal Administrativo del Cauca, y que le sirve de fundamento para afirmar que la nulidad derivada de incompetencia territorial en esta oportunidad, se ha saneado, dispone:

Art. 144. Saneamiento de la nulidad. La nulidad se considera saneada en los siguientes casos:

...

5. Cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa. Saneada esta nulidad, el juez seguirá conociendo del proceso. (Sublíneas fuera del texto).

b) En materia contencioso administrativa, la oportunidad para proponer excepciones, es la consagrada en el numeral 5o. del art. 207 del C.C.A., cuyo tenor literal es el siguiente:

5) Que se fije en lista por el término de cinco (5) días para que los demandados o los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas. (Sublíneas fuera del texto).

c) En el caso presente, el auto admisorio de la demanda, se notificó en debida forma al Agente del Ministerio Público y a la entidad demandada.

d) Igualmente, y según constancia secretarial visible a folio 118 vuelto del expediente, el asunto se fijó en lista, el 29 de marzo de 1989, término durante el cual la demandada, por conducto de apoderado, contestó la demanda y **no propuso excepciones**. La agencia fiscal, teniendo conocimiento del asunto del proceso, no hizo uso del término de la fijación en lista, oportunidad procesal que era la pertinente para que los interesados contestaran la demanda, propusieran excepciones y solicitaran la práctica de pruebas. Solamente hizo esta formulación con motivo de la diligencia judicial de conciliación.

e) En esas condiciones, adquiere plena operancia, la previsión contenida en el numeral 5o. del art. 144 del C.P.C., aplicable por remisión expresa del art. 160 del C.C.A. según el cual, la nulidad proveniente de falta de competencia distinta de la funcional se considera saneada, cuando no se haya alegado como excepción previa.

f) Como ninguna de las partes expresaron inconformidad en relación con la incompetencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, derivada del factor territorial -dentro de la oportunidad legal- y no es de las nulidades que el juez puede declarar oficiosamente, se considera saneada y en consecuencia es

SALA PLENA

preciso ordenar la devolución del expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que siga conociendo del asunto.

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

RESUELVE

DEVUELVASE EL EXPEDIENTE al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que siga conociendo del presente asunto, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Cópiese y Notifíquese

Aprobada en sesión realizada el día veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; Dolly Pedraza de Arenas, Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza M., Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Clara Forero de Castro, Miren De La Lombana de M., Miguel González Rodríguez, Amado Gutierrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo, Alvaro Lecompte Luna, Delio Gómez Leyva, Juan de Dios Montes H., Carlos Orjuela Góngora, Libardo Rodríguez R., Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio Cesar Uribe Acosta, Miguel Viana Patiño, Diego Younes Moreno

Nubia González Cerón, Secretaria General.

**DEMANDA - Rechazo / CADUCIDAD DE LA ACCION /
DEMANDA - Corrección.**

El rechazo de la demanda no procede sino en los casos expresamente previstos, porque se trata de una sanción que debe aplicarse con criterio restrictivo. La caducidad es la que opera después de haberse ordenado la corrección. “Es por ésto que la autoridad jurisdiccional debe ordenar la devolución de la demanda al interesado para que la corrijan, con la advertencia de que entre tanto no haya demanda y por eso el término de la caducidad no se ha interrumpido”, lo que implica, en el fondo, un efecto retoractivo a la demanda, tal como lo ha sostenido el recurrente.

***LITIS* CONSORCIO - Improcedencia**

Se trata de un litis-consorcio simple en el sentido de que los afectados tenían derecho a unirse para demandar el acto de deslinde. La demanda incoada por Agropecuaria Polanía Ltda. fue defectuosa en cuanto pidió la anulación de las citadas Resoluciones, al INCORA sin restringir su acción a sus propios intereses y consecuentemente el Tribunal del Huila incurrió en grave equivocación al declarar nulas dichas resoluciones, involucrando con ello situaciones de personas que no se hicieron presentes en este juicio o que bien pudieron demandar independientemente. Por solo este aspecto el fallo sería revocable, aún en el evento de compartir la tesis de fondo, para limitar sus efectos únicamente a los intereses de la sociedad actora, sin tocar a los demás ribereños. Comprometidos en las Resoluciones atacadas. Es necesario que se parta de la presunción de que los terrenos disputados tienen el carácter de baldíos y además de no adjudicables.

SALA PLENA

INCORA/ BALDIOS/ BIEN DE USO PUBLICO/ ALUVION/ DESLINDE Y AMOJAMIENTO ADMINISTRATIVO

En efecto, en la Resolución 01 de 1983 el INCORA expuso en forma detallada las razones por las cuales consideró "baldíos" los terrenos que anteriormente estuvieron ocupados por la Ciénaga LA CONECA y que fue sometida a desecamiento por medios artificiales: se apoyó en el Artículo 677 del Código Civil según el cual, excepción hecha de las aguas que nacen y mueren en una misma heredad, se consideran bienes de uso público y en consecuencia pertenecen a la Nación (de acuerdo con esto la Ciénaga La Coneca reúne estas notas características); además, según el Artículo 719 del Código Civil, el fenómeno del aluvión cuando el aumento de la ribera acontece "por el lento e imperceptible retiro de las aguas" pero según la jurisprudencia cuando la causa del desecamiento es la actividad humana (canal, dique, etc.) es aplicable el Decreto 40 de 1905 según el cual los terrenos que dejan son de propiedad del Estado y devienen en baldíos (el desecamiento de la Coneca fué provocado por los ribereños). Ahora bien, como baldíos podían ser materia de deslinde por parte del INCORA, entidad facultada por Ley para ello, la cual efectivamente lo hizo en la Resolución 01 de 1983 y como culminación del procedimiento administrativo iniciado con la Resolución 4756 de octubre 20 de 1981. En otros términos, teniendo en cuenta que los terrenos cuestionados formaron parte del lecho de la Ciénaga desecada artificialmente, no dejaron de ser de uso público y por tanto del Estado. Por ello y por la función asignada por la Ley al INCORA para administrar a nombre del Estado las tierras baldías de propiedad nacional, debe ratificarse su actuación consignada en las Resoluciones impugnadas cuya legalidad no alcanzó a ser desvirtuada por la sociedad demandante.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.
Santa Fe de Bogotá D.C., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. S-058. Actor: SOCIEDAD AGROPECUARIA POLANIA Y CIA. LTDA. RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA -FALLO-

Resuelve la Sala el recurso de súplica interpuesto contra la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante la cual revocó en todas sus

partes la sentencia de primera instancia, favorable a la parte actora, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 10 de abril de 1987, y en su lugar, declaró probada la caducidad de la acción.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, la **SOCIEDAD AGROPECUARIA POLANIA COMPAÑÍA LIMITADA "AGROCOL LTDA."** demandó las Resoluciones 01 del 18 de enero de 1983 y 73 del 10 de noviembre de 1983 proferidas por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA, por medio de las cuales se ordenó deslindar los terrenos baldíos que conforman la Ciénaga de La Coneca, ubicada en el Municipio de Pitalito, Departamento del Huila y como restablecimiento del derecho solicitó que se ordenara la cancelación de la inscripción de los mencionados actos administrativos, que se hizo en la oficina de Registro de Instrumentos públicos de Pitalito. Igualmente solicitó que se dejara sin ningún valor ni efecto el amojonamiento que se hubiere efectuado por el INCORA y que se oficiara al Alcalde Municipal de Pitalito para que diera la protección policiva del caso.

La demanda fue presentada el día 6 de abril de 1984 en la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, según consta a folio 162 del Cuaderno No.1 del expediente.

Previo petición al INCORA para que remitiera copia de las Resoluciones acusadas mediante Auto del 9 de noviembre de 1984, proferido en Sala Unitaria, se resolvió enviar el expediente al Tribunal Administrativo del Huila, por considerar que:

“Para los efectos del ordinal 3 del Artículo 128 del C.C.A., un asunto carece de cuantía cuando es imposible hacer la estimación en dinero no cuando simplemente no la hace el demandante”.

“Y la competencia del ordinal 9° del mismo Artículo exige atribución expresa de la ley y en este caso no existe”.

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de súplica contra la anterior decisión, el cual fue resuelto por Auto del 28 de junio de 1985, en el sentido de confirmar la decisión de enviar el expediente al Tribunal Administrativo del Huila. Por “reunir los requisitos legales”, la demanda fué admitida por el citado Tribunal Administrativo del Huila por Auto del 15 de noviembre de 1985. El apoderado de la parte actora en tiempo oportuno, adicionó y corrigió la demanda y precisó la cuantía en \$ 7'950.000, en memorial presentado el 20 de

SALA PLENA

marzo de 1986. Mediante Auto del 1° de abril de 1986 fue aceptada la adición a la demanda, se surtió el trámite respectivo con producción de varias pruebas e inclusive se desato un incidente de nulidad por falta de competencia promovido por el Incora, el cual no prosperó según Auto del 28 de agosto de 1986. Finalmente, mediante sentencia del 10 de abril de 1987, el Tribunal Administrativo del Huila accedió a las pretensiones de la demanda.

La apoderada del INCORA interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia.

La Sección Tercera de la Corporación, mediante la decisión objeto del recurso de súplica que ocupa la atención de la Sala, revocó la decisión del *a-quo* con el argumento de que la demanda defectuosa, por no estar dirigida al Tribunal competente, no interrumpe el término de caducidad y, en consecuencia se operó el fenómeno de la caducidad y por ello revocó el fallo del Tribunal del Huila y declaró la inhibición para conocer de fondo, con las siguientes consideraciones:

“Ahora bien: lo primero que ha de examinar la Sala es lo relativo a la interrupción de los términos de caducidad por la presentación de la demanda y específicamente si su presentación ante corporación no competente para conocer del proceso originado en ella, interrumpe tales términos o si, por el contrario, el término de caducidad sólo se interrumpe cuando el escrito demandatorio llega al Tribunal competente para conocer del caso”.

Los Artículos 137 y ss. del Código Contencioso Administrativo regulan los requisitos y formalidades que deben contener las demandas que se presenten ante la jurisdicción administrativa.

El 137 señala cuál debe ser el contenido de la demanda e indica que “Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al Tribunal competente.....”. (Subraya la Sala).

Es decir, el primer requisito previsto por la norma es el de que la demanda se dirija al Tribunal competente.

El mismo Artículo 137 y los 139 y 140 prescriben otros requisitos y formalidades que deben reunir las demandas y el 143 ordena: “No se dará curso a la demanda que carezca de los requisitos y formalidades previstos en los Artículos anteriores y su presentación no interrumpirá los términos de caducidad”. (Subraya la Sala).

Consecuencia de lo anterior es que si se toma la primera parte del Artículo 137 en concordancia con el 143 se tiene que llegar a la conclusión de que la demanda dirigida a un tribunal no competente para conocer del caso no interrumpe la caducidad por mandato de la última norma, ya que se carece de uno de los requisitos exigidos para darle curso.

Y ello es así porque el tribunal no competente ante quien se presente la demanda carece de facultades para decidir si se le da curso o no, y ante tal circunstancia lo único que prevé la ley (Artículo 143 inciso tercero) es que se ordene enviar el expediente al tribunal competente para que éste decida sobre su admisibilidad sin que la presentación inicial tenga otro alcance que el de acreditar su presentación personal por el signatario. Como cuando el signatario se encuentre en lugar distinto de la sede del Tribunal, y la autentique ante Juez, o Notario de su residencia, solo se considera presentada a su recibo en el despacho judicial competente (Art.142).

En el presente caso se trata de acción de restablecimiento del derecho, antes de plena jurisdicción, que tenía un término de caducidad de cuatro meses, igual al del actual Código Contencioso Administrativo, término que se cuenta a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, según sea el caso. En el sub-lite la notificación del acto que puso fin a la vía gubernativa (Resolución 073 de noviembre 10 de 1983) se produjo el día 7 de diciembre de 1983 (fl.227 C.1) y la demanda fue presentada ante el Consejo de Estado el día 6 de abril de 1984, es decir, **un día antes de que se vencieran los cuatro meses previstos por la ley para que se presentara la caducidad**, pero como el Consejo de Estado carecía de competencia para conocer del negocio, se debe entender que tal presentación no interrumpió la caducidad y que consecuentemente con lo expuesto ésta solamente se habría interrumpido con la llegada del expediente al tribunal del Huila, corporación competente para adelantar el proceso, pero como solo llegó el 26 de julio de 1985 (fl.192 C.1) la caducidad ya se había producido hacía mucho tiempo. Es de advertir que por diligente que hubiera sido el Consejo de Estado para enviar el expediente al Tribunal competente, a éste no habría llegado en término anterior a la caducidad.

Las anteriores consideraciones son suficientes para revocar en todas sus partes el fallo recurrido y, en su defecto, declarar que en este caso se produjo el fenómeno jurídico de la caducidad”.

SALA PLENA

EL RECURSO INTERPUESTO

El señor apoderado de la parte actora interpuso el recurso extraordinario de súplica contra la citada providencia y considera que con ella se contrarió la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de caducidad de la acción, presentación y corrección de la demanda, contenida en las siguientes providencias:

- Auto del 4 de abril de 1946, Anales del Consejo de Estado, Tomo LVII, números 362-366, pág.91.

- Auto del 6 de julio de 1976, Actor: Sociedad Loffand Brother International Inc., Consejero Ponente: Dr. Alfonso Castilla Saíz.

- Sentencia del 10 de mayo de 1958, Anales del Consejo de Estado, Tomo LXI-BIS, pág.172, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez.

- Auto del 30 de noviembre de 1949, Anales del Consejo de Estado, Tomo LVIII, números 367-371, pág.401.

- Auto del 3 de agosto de 1961, Anales del Consejo de Estado, Tomo LXIII, números 392-396, pág.198.

Afirma que la sentencia recurrida contraría las citadas jurisprudencias porque:

“1. La sentencia de esa Sección aplica la sanción contemplada en el Artículo 143 del C.C.A., que reprodujo, en parte, el texto del Artículo 87 del C.C.A. antiguo, a un caso no regulado expresamente, cuando dice que la demanda presentada ante tribunal incompetente no interrumpe los términos para la caducidad de la acción. En tal virtud, se desconoció la jurisprudencia sentada en los Autos de abril 4 de 1946 y de julio 6 de 1976, que aparece transcrita en las letras a) y b) del presente Capítulo, toda vez que en las mencionadas providencias se deja establecido que el rechazo de la demanda por falta de las formalidades prescritas antes por los Artículos 84, 85 y 86 del antiguo C.C.A. hoy por los Artículos 137, 139 y 140 del C.C.A., no procede sino en los casos expresamente previstos, porque la norma que así lo autoriza consagra una sanción que debe aplicarse restrictivamente.

2. La sentencia recurrida desconoce la jurisprudencia contenida en las sentencias de marzo 10 de 1958, porque al tratarse de una demanda, presentada oportunamente, en debida forma, y luego corregida en la

oportunidad legal no le era dable al Consejo declarar la caducidad, pues según dicha jurisprudencia, la demanda en forma interrumpe la prescripción. Igualmente, se contrarió la jurisprudencia contenida en los Autos de 30 de noviembre de 1949 y de 3 de agosto de 1961, porque admitiendo que la demanda adolecía del defecto que se le endilga la sentencia recurrida haberse dirigido al Consejo de Estado y no al Tribunal del Huila - el mismo quedó subsanado con la corrección de la demanda. Es decir, que al corregirse la demanda y quedar depurada del anotado vicio, se debe tomar como fecha de su presentación y del ejercicio de la acción, la fecha de recibo de la demanda por el Consejo, ya que según el Auto de noviembre 30 de 1949, antes transcrito, en parte, "el derecho de corregir la demanda hace parte de la acción misma que por ella se ejercita " y " es una garantía procesal que tiene el carácter de orden público que debe prevalecer sobre la interpretación de cualquier otro texto".

....."

Por no haber sido aceptado por la Sala el proyecto inicialmente presentado por la Consejera Dra. Consuelo Sarria Olcos se procede a resolver según el criterio de la mayoría con relación al tema de la admisibilidad del Recurso Extraordinario de Súplica, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

PRIMERA PARTE: SOBRE EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA

1. De conformidad con reiterada jurisprudencia, para resolver el recurso extraordinario de súplica, la Sala tomará en consideración las decisiones citadas como violadas y que hubieran sido proferidas por la Sala de Negocios Generales, Sala Plena Contenciosa o Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y no las proferidas por las Secciones. Por ello en el caso de Autos, el análisis se refiere al Auto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 6 de julio de 1976 con ponencia del Doctor Alfonso Castilla Saíz y a la sentencia de la Sala Plena Contenciosa del 10 de mayo de 1958 con ponencia del Doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez.

2. Debe dilucidar la Sala en esta ocasión, hasta qué punto la jurisprudencia elaborada con relación al Código contenido en la Ley 167 de 1941 siguió siendo válida con relación a problemas de admisibilidad de una demanda presentada en fecha reciente a la puesta en vigencia del nuevo Código que sustituyó a aquél, o sea, el Decreto 1 de 1984, pues la demanda en este caso se presentó el 6 de abril de 1984 y el Código nuevo había empezado a regir un mes antes, el 1º de marzo.

SALA PLENA

3. El tema procesal que se debate está ubicado en el campo de los requisitos formales de la demanda y concretamente si la demanda dirigida a tribunal Incompetente interrumpe o nó el término de caducidad de la acción.

Para dilucidar este punto es preciso comparar las disposiciones pertinentes del Decreto 01 de 1984 con las de la Ley 167 de 1941, con la idea de precisar la jurisprudencia aplicable al nuevo ordenamiento, aunque hubiere sido producida en vigencia del anterior.

A este propósito se observa para iniciar, que el Artículo 137 del Decreto 01 de 1984 repitió lo dispuesto en el Artículo 84 del C.C.A. de 1941 al establecer como primer requisito de toda demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que **"deberá dirigirse al tribunal competente"**.

Dentro de la enumeración de aspectos que debe contener la demanda, hecha a continuación, el Código de 1984 adicionó al anterior con el de expresar "la estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia" (ordinal 6° del Art.137).

De otros Artículos relacionados con el tema planteado, se destacan los que consagraron en uno y otro Código la norma general de que la presentación de demanda que carezca de alguna de las formalidades allí establecidas "no interrumpe los términos señalados para la caducidad de la acción" y fueron en su orden:

- El Artículo 84 de la Ley 167 de 1941 que dispuso:

"No se dará curso a la demanda que carezca de alguna de las anteriores formalidades y su presentación no interrumpe los términos señalados para la caducidad de la acción.

En el Auto en que se niega la admisión de una demanda deberán expresarse los defectos que tenga y ordenarse su devolución al interesado para que los corrija".

Y el Artículo 143 del Decreto 01 de 1984 que sustituyó al anterior, en la versión original, o sea, antes de la reforma de 1989, dispuso:

"Negativa de curso, inadmisión y corrección de la demanda. No se dará curso a la demanda que carezca de los requisitos y formalidades previstos en los artículos anteriores y su presentación no interrumpirá los términos para la caducidad de la acción.

El ponente, por Auto susceptible de reposición expondrá los defectos para que el demandante los corrija en el término de cinco (5) días, siempre que este no quede comprendido en el de caducidad; si no lo hiciere o no fuere posible la corrección en razón de la caducidad, no se admitirá la demanda. Igual providencia se dictará en caso de falta de Jurisdicción, o caducidad.

En caso de falta de competencia se ordenará enviar el expediente a la corporación que fuere competente.

El Auto de inadmisión lo dictará la Sala y será susceptible de apelación, pero si el proceso fuere de única instancia, lo proferirá el ponente y procederá el recurso de súplica”.

Además, con relación a la oportunidad para corregir la demanda tanto el Artículo 128 del Código de 1941 como el 208 del 01 de 1984, contienen la misma disposición, en el sentido de que la demanda puede ser corregida por el actor por una sola vez "hasta el ultimo día de la fijación en lista”.

4. De las jurisprudencias invocadas por el recurrente sólo es posible considerar, para los efectos de este recurso, como ya se expresó, las siguientes:

a) La contenida en el Auto de Sala Plena del 6 de julio de 1966 (Exp.10050, Ponente: Dr. Alfonso Castillo Saíz) que incorpora la tesis sostenida en la providencia de 4 de abril de 1946 (Anales del Consejo de Estado, Tomo LVII, pág.91, Ponente: Dr. Gonzalo Gaitán): se resolvió en tal ocasión (también por la vía del recurso se súplica del Art.2° de la Ley 11 de 1975) aceptar la demanda que inicialmente fue rechazada por la Sección Segunda, por no aparecer firmada por el actor.

La jurisprudencia allí incorporada del 4 de julio de 1946 se refirió también a la inadmisión de una demanda por faltar la comprobación de una condición personal del apoderado (la libreta militar que se exigía en aquella época). La tesis central aplicada en ambos casos consistió en que no siendo los requisitos que dieron lugar a la inadmisión (firma del actor en una y crédito de la situación militar del apoderado, en otra) de aquéllos que el Código Contencioso Administrativo contempla en los Artículos 84, 85 y 86 para rechazar una demanda, no era posible su inadmisión, ni operaba la pérdida de la acción por caducidad, una vez llenado el requisito.

La síntesis del pensamiento del Consejo está en el siguiente Párrafo que corresponde a la providencia del Consejero Gonzalo Gaitán:

SALA PLENA

“Por otra parte, no se debe perder de vista que la sanción que establece el Artículo 87 del Código Contencioso Administrativo no puede comprender sino los casos que surjan por falta de alguna de las formalidades de que hablan los Artículos 84, 85 y 86 *Ibidem*, ya que la mencionada disposición del Artículo 87 no puede interpretarse extensivamente en cuanto establece una pena como es la pérdida de la acción. Por lo mismo, en casos distintos como es el de autos en que por otro motivo no se le podía dar curso a la demanda, no por informalidades en el libelo, sino por no aparecer acreditada una condición personal del apoderado, no obra la sanción de caducidad, y una vez llenado el requisito, debe recibir curso la demanda”.

b) La sentencia del 10 de mayo de 1958 (Consejero Ricardo Bonilla Gutiérrez) en la cual se consideró viciada de ineptitud sustantiva la demanda que omitió presentar copia de uno de los actos acusados de ilegalidad, sin aceptar que el vicio quedó saneado con el Auto admisorio de la demanda, injurídico, además, por haber fragmentado el contenido de la acción, ni con el tardío aporte a los Autos de la copia autenticada de la Resolución acusada,.....“El negocio fué resuelto con la tesis de que se refería al caso a una ineptitud sustantiva de la demanda” ya que sin la oportuna prueba de la existencia y contenido del acto acusado no puede iniciarse el juicio; porque no se ha demostrado el derecho a la acción procesal”.

Sucede, sin embargo, que la Sala, desechó la tesis planteada por el Fiscal, consistente en que de lo que se trataba era de un caso de caducidad de la acción porque al presentar la copia del acto acusado ya había transcurrido el lapso señalado en el Código. Y, para no acoger la anterior tesis, la Sala la refutó con el párrafo que aduce el recurrente como “Jurisprudencia contrariada” y que dice, refiriéndose al concepto del Fiscal así:

“Pero la Sala no está de acuerdo con esta opinión por las razones siguientes: De un lado, porque para que pueda declararse caducada una acción, ese fenómeno ha debido producirse antes de la iniciación del juicio, lo que sólo ocurre con la presentación de la demanda en forma. Y, de otro lado, porque la caducidad a que se refiere el Artículo 87 del C.C.A. es la que se opera después de haberse rechazado, por las informalidades previstas, la primitiva demanda, es decir la que se supone presentada en tiempo, pero que no resultó apta para instaurar la acción por aquellas informalidades. Es por esto por lo que la autoridad jurisdiccional debe ordenar la devolución de la demanda al interesado para que la corrija, con la advertencia legal de que entre tanto no hay demanda y por eso el término de la caducidad de la acción no se ha interrumpido”. (pág.172, Anales del Consejo de Estado, Tomo LXI, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez).

Pero, en definitiva, la solución adoptada no se fundó en tales consideraciones ya que, como lo expresó para concluir....., “en sentir de la Sala, aquí no se trata de un caso de caducidad por el motivo que alega el señor Agente del Ministerio Público, sino de una ineptitud sustantiva de la demanda.....”.

c) El Auto del 3 de agosto de 1961 (Ponente: Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez, es de Sala de Decisión que no accedió a revocar el Auto que admitió como corrección de la demanda (y a seguir el consecuente procedimiento) un escrito destinado a incluir una prueba no presentada inicialmente.

5. ANALISIS DE LA SALA:

De las jurisprudencias citadas en los dos primeros apartes anteriores, excluida la tercera por la conocida razón de la fuente, la Sala conviene en que contiene una tesis aplicable, tanto en la época en que fue expedida, como con relación al nuevo Código, que se sintetiza en que el rechazo de la demanda no procede sino en los casos expresamente previstos, porque se trata de una sanción que debe aplicarse con criterio restrictivo.

Por otra parte, también es comprensible como válida la jurisprudencia referida en el Artículo 87 del C.C.A. de 1941 y posible en vigencia del 143 del Decreto 01 de 1984 que aunque expuesta tangencialmente al refutar un planteamiento del Fiscal, radica en que la caducidad es la que opera después de haberse ordenado la corrección de la primitiva demanda y que por ello mismo no fue apta para instaurar la acción. “Es por ésto que la autoridad jurisdiccional debe ordenar la devolución de la demanda al interesado para que la corrija, con la advertencia de que entre tanto no hay demanda y por eso el término de la caducidad no se ha interrumpido”, lo que implica, en el fondo, un efecto retroactivo a la demanda, tal como lo ha sostenido el recurrente.

La jurisprudencia expuesta en la providencia suplicada, consistente en que la demanda dirigida a tribunal incompetente no interrumpe la caducidad, la encuentra la Sala contraria a las mencionadas anteriormente como criterios de interpretación inclusive del Artículo 143 del Decreto 01 de 1984 porque, si bien es cierto que en ambos estatutos rigió como requisito el de dirigir la demanda a tribunal competente, según el Artículo 143 los únicos casos claros que autoriza bien no admitir la demanda, eran la falta de jurisdicción, la caducidad o la no corrección oportuna ordenada en Auto que señalara los defectos formales.

La falta de competencia no daba, en el Decreto 01 de 1984 cabida al Auto inadmisorio, no sólo por aplicación de la jurisprudencia de criterio restrictivo en el análisis de las causas de Inadmisión (considerada como una sanción) sino

SALA PLENA

porque la nueva ley estatuyó expresamente una solución a este defecto: la de enviar el expediente a la corporación que fuera competente.

Como lo hizo inicialmente en este proceso la misma Sección Tercera con remisión al Tribunal del Huila, el cual, al admitir la demanda y el actor dentro del término de fijación en lista al aclararla en cuanto al señalamiento de la cuantía que no lo había hecho antes, corrigió así la demanda primitiva siendo aplicable la segunda de las jurisprudencias reseñadas, en el sentido de que la que no interrumpe el término de caducidad es la demanda defectuosa, pero si ésta fue corregida oportunamente, contrario sensu, sí lo interrumpe.

Se concluye de lo anteriormente expuesto que prospera el recurso extraordinario de súplica en el sentido de que no era viable la declaratoria de inhibición, pues el trámite a la demanda que le dió en un principio la misma Sección Tercera y luego el Tribunal del Huila, era el señalado por la ley en la forma como lo había interpretado la jurisprudencia de esta Corporación. En consecuencia, se impone la revocación de la providencia suplicada y el conocimiento en segunda instancia de la sentencia que dictó en primera el Tribunal del Huila el 10 de abril de 1987.

SEGUNDA PARTE: EL FALLO DE INSTANCIA

1. ANTECEDENTES:

La pretensión de la actora se concreta a que se declare la nulidad de las Resoluciones 01 de enero 18 de 1983 y su confirmatoria la N° 073 del mismo año, mediante las cuales el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - INCORA- deslindó los terrenos baldíos que conforman la Ciénaga de La Coneca, ubicada en el Municipio de Pitalito (Huila), en una extensión de 400 hectáreas, 1.250 metros; ordenó efectuar el correspondiente amojonamiento y el registro en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

A título de restablecimiento del derecho la sociedad demandante pidió la cancelación de la inscripción de tales actos en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pitalito, dejar sin efecto el amojonamiento que haya hecho el INCORA y requerir del Alcalde Municipal la protección policiva para garantizar la decisión que adopte el Consejo de Estado.

Con apoyo en varias disposiciones constitucionales y legales que citó, acusó al INCORA de haber incurrido en desbordamiento de sus facultades legales por considerar que no tiene competencia para hacer deslindes administrativos pues ello es privativo de la rama jurisdiccional y en tal caso el procedimiento no sería el indicado en el Decreto 2095 de 1961 que estima

inconstitucional. El procedimiento sería el de deslinde y amojonamiento que corresponde a los jueces civiles, conforme al Código de Procedimiento Civil.

Además de criticar el procedimiento utilizado y señalarle varias fallas, afirma que se violó el derecho de propiedad y la posesión y que no es aplicable el caso el Artículo 677 del Código Civil que invocó el INCORA, porque el vaso o cauce de la laguna sólo alcanza una extensión de 62 hectáreas.

Por su parte el INCORA afirmó su competencia para adelantar las diligencias y por el procedimiento utilizado para proferir los actos impugnados que se ajustan a la ley por tratarse de terrenos que tienen el carácter de baldíos, porque son bienes de uso público por cuanto hacían parte de la laguna La Coneca que fue desecada por mecanismos artificiales paulatinamente por los mismos ribereños, terrenos sobre los cuales los particulares no pueden ejercer dominio sin autorización del Gobierno Nacional a través de la entidad que los administra que en este caso es el INCORA que goza por ley de mecanismos, como el utilizado en este caso (Dcto.2095/61), y no los que propone la actora.

Además de refutar las argumentaciones de la demanda y criticar las pruebas aducidas, propuso varias excepciones algunas superadas mediante corrección de la demanda, subsistiendo las de indebida acumulación de pretensiones y falta de requisitos formales por comprometer con la demanda derechos de terceros, sin tener el poder suficiente para ello.

LA SENTENCIA. Accedió a las súplicas de la demanda decretando la nulidad de las Resoluciones 01 y 073 de 1983 del INCORA, mediante las cuales se deslindaron los terrenos baldíos que conforman la Ciénaga de La Coneca y se ordenó comunicar al Registrador de Instrumentos Públicos tal decisión dejando sin efecto el amojonamiento que se hubiere efectuado.

Previamente desestimó las excepciones planteadas por la entidad demandada, así:

a) La falta de competencia (por no haberse indicado la cuantía) por haber sido corregida la demanda señalando en mas de siete millones la cuantía, lo que hizo radicar en el Tribunal la competencia en primera instancia.

b) La caducidad de la acción, por ser tema ligado al anterior y que al ser superado, también por este aspecto quedó bien radicada la competencia en el Tribunal y

c) Indebida acumulación de pretensiones y falta de requisitos formales que no encontró configuradas el a-quo, sino por el contrario relacionada la pretensión de nulidad de los actos de deslinde de los terrenos con la de ordenar

SALA PLENA

la cancelación de la Inscripción de los actos acusados. No se refirió en concreto a la falta de representación de los demás afectados.

En cuanto al fondo del problema planteado, el Tribunal hizo un recuento de la legislación agraria en especial en materia de baldíos y con apoyo en cita de tratadistas nacionales y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, resaltó la explotación económica como el fundamento para adquirir el dominio de las tierras baldías.

Luego hizo un estudio de los títulos del predio POMPEYA con superficie de 300 hectáreas con tradición que se remonta a 1914 para concluir que estaba incluido dentro de los terrenos a que se refirió el INDERENA en la Resolución 363 de mayo 5 de 1974 y que con posterioridad mediante Resolución 4756 de octubre 20 de 1981 el INCORA resolvió iniciar el procedimiento administrativo tendiente a deslindar los terrenos que integran la Ciénaga de La Coneca y si bien lo reconoció facultad al INCORA para clarificar la situación de las tierras para identificar las que pertenecen al Estado, estimó que no le compete proceder a los deslindes correspondientes sino a la rama jurisdiccional, con apoyo en el Artículo 12 del Decreto 2095 de 1961.

Concluyó el Tribunal calificando de ilegal la actuación del INCORA por haber hecho nugatorio el derecho de propiedad de los ocupantes, por el hecho de no haberles entregado un título de "adjudicación" y desconocer que la ocupación de las tierras baldías debe entenderse como un modo de adquirir el dominio de esas tierras.

LA APELACION. El recurso de APELACION fue sustentado por los apoderados del INCORA, en resumen en las siguientes consideraciones:

- Omitió el Tribunal pronunciarse sobre la carencia de facultad del apoderado de la parte demandante, de las demás personas afectadas con el acto acusado, presentándose así una ilegitimación para demandar por cuanto el acto administrativo es uno solo y no discrimina materialmente el presunto derecho que podría corresponder a cada uno de los propietarios colindantes de la Ciénaga. El Tribunal no podía dividir tal acto.

- Erróneamente se basó en la Ley 61 de 1874 cuyas disposiciones se encontraban modificadas y la situación de la desecación de pantanos o ciénagas por medios artificiales regulados por la Ley 97 de 1946 y el Decreto 810 de 1969 y criticando el análisis del peritazgo por no haber tenido en cuenta que los mismos peritos dieron cuenta de varios canales construidos en los distintos predios ribereños y que "no identificaron el área de la Ciénaga La Coneca".

- Tildó de equivocada interpretación de la Ley 200 de 1936 puesto que la presunción del Artículo 1° admite prueba en contrario y el Decreto 059 de 1938 dispone que quienes exploten un predio baldío deben solicitar el respectivo título de adjudicación ante las autoridades competentes las cuales podrán expedir el título definitivo si no hubiere inconveniente legal, que existe como cuando se trata de terrenos que pertenecen a la reserva nacional que no son destinados a la adjudicación.

- Consideró una lamentable equivocación del Tribunal confundir los modos de adquirir el dominio con el dominio mismo, al concluir el fallo impugnado que si se tiene posesión de un baldío, también se tiene el dominio, cosa que no es aceptada por nuestra legislación, que distingue nítidamente la ocupación, del dominio. Estos aspectos tienen que ver con los baldíos que pueden ser adjudicados a los particulares.

- Pero principalmente, sucede que los terrenos de la desecación artificial o natural, así como los ocupados por la Ciénaga La Coneca, son baldíos de propiedad de la Nación que no pueden ser adjudicados a particulares con arreglo a lo prescrito por los Artículos 674 y 677 del Código Civil.

Por otra parte el INCORA sí goza de competencia funcional para deslindar tierras en especial las recuperadas por desecación como se desprende de los Decretos 1265 de 1977 y 2095 de 1961 sin perjuicio de la que le corresponda a la rama Jurisdiccional para otros casos.

En alegato de conclusión el nuevo apoderado del INCORA reafirmó y amplió los anteriores planteamientos; solicitó declaratoria de la excepción de caducidad de la acción. En cuanto al fondo reiteró la competencia del INCORA, como administrador legal de los baldíos nacionales para hacer adjudicaciones (con base en la aceptación y explotación económica demostrada) mediante los trámites y formalidades previstas en la ley, siendo exceptuados de esta posibilidad los bienes de uso público como son los terrenos originados en la desecación artificial de la Ciénaga La Coneca (Código Civil, Arts. 677 y 895). En consecuencia, no pueden tenerse como títulos válidos los producidos por los propios particulares a través de englobes o desenglobes de sus predios, en los cuales incluya terrenos baldíos que no puedan ser susceptibles de adjudicación.

EL MINISTERIO PUBLICO. La Doctora Edne Cohen Daza como Fiscal Segunda ante la Corporación rindió concepto adverso a las pretensiones de la demanda y pidió revocar la sentencia del Tribunal.

En primer lugar critica la sentencia porque el análisis y decisión ha debido versar solamente sobre el derecho de la sociedad actora ya que el acto acusado

SALA PLENA

afecta los intereses de varias personas. Comparte la crítica que le formuló el INCORA de confundir la posesión con el título y que no fue acertado el razonamiento del Tribunal de que si según las escrituras los terrenos son de propiedad particular, no podían ser incluidos como baldíos, cuando lo correcto era invertir el razonamiento: ha debido partir de la presunción contraria, de que los terrenos que conforman la Ciénaga son baldíos y no adjudicables por ser de uso público.

La sociedad ha debido aportar las pruebas de que trata la Ley 200 de 1936, no siendo suficiente la sola de la explotación.

En cuanto a la competencia del INCORA para esta clase de deslindes, con arreglo al Decreto 2095 de 1961, comparte lo alegado por tal entidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. ASPECTOS PROCESALES

a) Autenticidad y notificación de los actos acusados

La excepción de caducidad de la acción formulada por el último apoderado del INCORA bajo el supuesto de no haber presentado el actor copias auténticas de las Resoluciones acusadas con constancia de su notificación para poder determinar la oportunidad de la demanda, no puede ser aceptada por haber sido aspectos subsanados y aclarados en el trámite inicial en el Tribunal del Huila a cuya instancia se allegaron copias auténticas de las Resoluciones 01 y 073 de 1983 del INCORA y copias de las diligencias de notificación. Conforme a estas últimas el señor apoderado de la compañía actora se notificó personalmente el 7 de diciembre de 1983 (fl. 227) y puesto que la demanda la presentó el 6 de abril de 1984, significa que lo hizo oportunamente.

b) *Litis-Consorcio*

La Resolución 01 de enero 18 de 1983 deslindó los terrenos baldíos que conforman la Ciénaga La Coneca en el Municipio de Pitalito con una extensión de 400 hectáreas mas 1.250 Metros² cuyos linderos técnicos conforme a levantamiento topográfico de 1982 señaló en el Artículo primero con cita de la colindancia de varios predios de distintos propietarios, dentro de ellos los señores Polanía Sanchez socios de la actora.

La Resolución 073 de 1983 atendió los recursos de reposición interpuestos por varios ribereños en forma independiente a saber: los señores Jorge Eliécer y Francisco Tovar Vargas; Abel María Fernández; Jorge Francisco Vásquez

Vargas; Liborio Apolinar Meneses Cuéllar (predio CORINTO); Agropecuaria Polanía Ltda. (la demandante, dueña de POMPEYA) y José Antonio, Nohora y Nercy Peña (LA ROCINITA). Cada uno alegó motivos diferentes para pedir la revocatoria o aclaraciones a la Resolución 01, ninguna de las cuales fue aceptada, en estudio individual hecho por el INCORA en la Resolución 073 en la que contestó a cada cual su oposición.

Se trataba de un *litis*-consorcio simple en el sentido de que los afectados tenían derecho a unirse para demandar el acto de deslinde. La demanda incoada por Agropecuaria Polanía Ltda. Fue defectuosa en cuanto pidió la anulación de las citadas Resoluciones del INCORA sin restringir su acción a sus propios intereses y consecuentemente el Tribunal del Huila incurrió en grave equivocación al declarar nulas dichas Resoluciones, involucrando con ello situaciones de personas que no se hicieron presentes en este juicio o que bien pudieron demandar independientemente.

Por solo este aspecto el fallo sería revocable, aún en el evento de compartir la tesis de fondo, para limitar sus efectos únicamente a los intereses de la sociedad actora, sin tocar a los demás ribereños comprendidos en las Resoluciones atacadas.

2. DESLINDE DE BIENES BALDIOS

Para los efectos concretos de los temas planteados en el juicio que se desata en esta oportunidad, en realidad es necesario, como lo observa la Fiscalía, que se parta de la presunción de que los terrenos disputados tienen el carácter de baldíos y además el de no adjudicables, por ser ésta la sustancia de la motivación expuesta en los actos acusados, por parte de la entidad de mandada.

En efecto, en la Resolución 01 de 1983 el INCORA expuso en forma detallada las razones por las cuales consideró "baldíos" los terrenos que anteriormente estuvieron ocupados por la Ciénaga LA CONECA y que fue sometida a desecamiento por medios artificiales: se apoyó en el Artículo 677 del Código Civil según el cual, excepción hecha de las aguas que nacen y mueren en una misma heredad, se consideran bienes de uso público y en consecuencia pertenecen a la Nación (de acuerdo con esto la Ciénaga La Coneca reúne estas notas características); además, según el Artículo 719 del Código Civil, el fenómeno del aluvión cuando el aumento de la ribera acontece "por el lento e imperceptible retiro de las aguas" pero según la jurisprudencia cuando la causa del desecamiento es la actividad humana (canal, dique, etc.) es aplicable el Decreto 40 de 1905 según el cual los terrenos que dejan son de propiedad del Estado y devienen en baldíos (el desecamiento de la Coneca fué provocado por los ribereños).

SALA PLENA

Ahora bien, como baldíos podían ser materia de deslinde por parte del INCORA, entidad facultada por Ley para ello, la cual efectivamente lo hizo en la Resolución 01 de 1983 y como culminación del procedimiento administrativo iniciado con la Resolución 4756 de octubre 20 de 1981.

Para tal efecto la Sala encuentra legal el procedimiento observado de identificación de terrenos con apoyo entre otras normas en el Decreto 2095 de 1961 aplicable, según uno de sus considerandos, entre otros casos a “las tierras recuperadas por desecación artificial o natural, cuando no accede a los predios contiguos” y cuya alegada inconstitucionalidad no fué demostrada por el demandante; tuvo por objeto esta primera etapa deslindar de los terrenos de propiedad privada, los correspondientes a los dejados por la desecación artificial de la ciénaga y que vinieron a conformar los baldíos.

Las actuaciones posteriormente realizadas principalmente con apoyo en el literal d) del artículo 3o. de la Ley 135 de 1961 y su reglamento Decreto 1265 de 1977 que señalan los procedimientos tanto para clasificación de la propiedad como para la recuperación de los baldíos indebidamente ocupados, no aparecen violatorias de las facultades del INCORA entidad que en virtud del Decreto 3337 de 1961 puede adoptar las medidas legales pertinentes en los casos de indebida apropiación de tierras baldías.

La sociedad demandante no desvirtuó la presunción de ser baldíos los terrenos según lo establecen los Artículos 3° y 4° de la Ley 200 de 1936, pues “no logró probar el interesado en lo más mínimo, ni ante la Administración ni durante el presente proceso”, según anota la Fiscal.

El estudio de las seis escrituras presentadas demuestra que en ningún momento escapan a la restricción o excepción consagrada en el inciso final del Artículo 3o. de la Ley 200 de 1936 “respecto de terrenos que no sean adjudicables, estén reservados, o destinados para cualquier servicio o uso público”.

En otros términos, teniendo en cuenta que los terrenos cuestionados formaron parte del lecho de la Ciénaga desecada artificialmente, no dejaron de ser de uso público y por tanto del Estado. Por ello y por la función asignada por la Ley al INCORA para administrar a nombre del Estado las tierras baldías de propiedad nacional, debe ratificarse su actuación consignada en las Resoluciones impugnadas cuya legalidad no alcanzó a ser desvirtuada por la sociedad demandante.

En mérito a 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:

1o. **REVOCASE** la sentencia dictada por la Sección Tercera el 8 de agosto de 1988 por medio de la cual declaró caducada la acción.

2o. **REVOCASE** la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Administrativo del Huila (abril 10 de 1987).

3o. En su lugar, **DENIEGANSE** las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada en Sesión del lunes diez (10) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; Dolly Pedraza de Arenas, Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, (ausente); Joaquín Barreto Ruiz, Miren De La Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, (ausente); Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Libardo Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, (usente); Miguel Viana Patiño, Diego Younes Moreno, (salva el voto); Augusto Hernández Becerra, Conjuez ausente;

Nubia González Cerón, Secretaria

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de junio de mil novecientos noventa y tres
(1993).

Referencia: Expediente No. S-058. Actor: SOCIEDAD
AGROPECUARIA POLANIA

Como lo expresé en auto de agosto 23 de 1991, visible a folio 45 del expediente, voté favorablemente el proyecto de providencia que la Consejera de Estado, doctora CONSUELO SARRIA OLCOS, presentó a Sala y que finalmente fue derrotado. Las razones de mi disentimiento, son los mismos argumentos que la doctora SARRIA OLCOS, expuso en aquella oportunidad, tal como quedó registrado en el acta de la sesión de Sala Plena Contenciosa, realizada el 5 de febrero de 1991.

Atentamente,

Diego Younes Moreno

**CONGRESISTA / PERDIDA DE LA INVESTIDURA -
Procedimiento / PROCESO ORDINARIO**

Ante la inexistencia del proceso especial y brevísimo que quiere la carta constitucional, la ley trae un mandato ineludible en el artículo 206 del C.C.A. (artículo 45 del decreto 2304 de 1.989) cuando ordena que “este procedimiento (el ordinario) también debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios para los cuales la ley no señale un trámite especial”. Esta es la posición mayoritaria de la sala contenciosa, la que, en otras palabras, se denomina Consejo pleno o jurisdiccional. Al disponer ese procedimiento ocurre un fenómeno diferente alegado por el señor ponente, en el sentido de que así se viola la garantía del debido proceso, porque cualquiera que sea la regulación que se le de al procedimiento especial que se expida con apoyo en el artículo 184 de la carta, las mayores garantías de defensa siempre estarían en el trámite ordinario. La adopción del procedimiento ordinario no es simple capricho ni la sola aplicación literal del artículo 206 del C.C.A. No; existe una razón sustantiva de fondo que trasciende lo meramente procesal, y que es aquella que le dice al juez que no puede dejar de fallar “pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley”, so pena de incurrir en responsabilidad por denegación de justicia. Este sabio mandato está contemplado en el artículo 48 de la ley 153 de 1887.

*Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.
Santa Fe de Bogotá D.C. treinta (30) de junio de mil novecientos noventa
y tres (1.993)*

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo*

SALA PLENA

Referencia: Expediente No. AC-796. Actor: ENRIQUE MALDONADO SANTOS.

Procede la sala a decidir el recurso ordinario de súplica interpuesto tanto por el ministerio público como por el señor Enrique Maldonado Santos contra el auto de 19 de mayo de 1.993 dictado por el señor Consejero Ariza Muñoz, mediante el cual rechazó la solicitud de pérdida de investidura del señor congresista Doctor César Pérez García.

Se sostuvo en dicho proveído, para justificar la inadmisión, que los procesos por pérdida de la investidura de un congresista no tenían un procedimiento adecuado y legal acorde con el mandato constitucional. Y que para el efecto, no podía acudirse al trámite del proceso ordinario regulado en los artículos 206 y siguientes del C.C.A.

Para la sala, la decisión deberá revocarse. Como es obvio la admisión que aquí se ordenará no implica por ese sólo hecho un prejuzgamiento sobre el caso concreto. No; sólo se considera que ante la inexistencia del proceso especial y brevísimo que quiere la carta constitucional, la ley trae un mandato ineludible en el artículo 206 del C.C.A. (artículo 45 del decreto 2304 de 1.989) cuando ordena que "este procedimiento (el ordinario) también debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios para los cuales la ley no señale un trámite especial."

Esta es la posición mayoritaria de la sala contenciosa, la que, en otras palabras, se denomina Consejo pleno o jurisdiccional.

Al disponer ese procedimiento ocurre un fenómeno diferente alegado por el señor ponente, en el sentido de que así se viola garantía del debido proceso, porque cualquiera que sea la regulación que se le de al procedimiento especial que se expida con apoyo en el artículo 184 de la carta, las mayores garantías de defensa siempre estarían en el trámite ordinario.

La adopción del procedimiento ordinario no es simple capricho ni la sola aplicación literal del artículo 206 del C.C.A. No; existe una razón sustantiva de fondo que trasciende lo meramente procesal, y que es aquélla que le dice al juez que no puede dejar de fallar "**pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley**", so pena de incurrir en responsabilidad por denegación de justicia.

Este sabio mandato está contemplado en el artículo 48 de la ley 153 de 1.887.

Por lo expuesto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Revócase el auto de 19 de mayo de 1.993 dictado por el señor Consejero Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

En su lugar:

Admítase la petición de desinvestidura propuesta por el señor Enrique Maldonado Santos.

Notifíquese personalmente al señor Congresista Cesar Pérez G., actual presidente de la H. Cámara de Representantes.

Notifíquese personalmente al agente del ministerio público y al señor Ministro de Gobierno.

Fíjese en lista por el término de cinco días para que la parte demandada y los intervinientes, si los hay, puedan ejercer sus derechos.

Las previsiones que se dejan anotadas deberán cumplirse por el despacho del señor Consejero ponente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al despacho de origen.

Aprobada en sesión de 29 de junio de 1.993.

Guillermo Chain Lizcano, Presidente; Carlos Betancurt Jaramillo, Joaquín Barreto Ruíz, Miren De La Lombana de Magyaroff, (salvo voto), Miguel González Rodríguez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Yesid Rojas Serrano (ausente), Daniel Suárez Hernández, Miguel Viana Patiño, Jaime Abella Zárate, (salvo voto), Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Amado Gutiérrez Velásquez, (salvo voto), Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Libardo Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos (ausente), Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Referencia: Expediente No. AC-796 Actor: ENRIQUE MALDONADO SANTOS

Con el mayor respeto me permito apartarme de la decisión mayoritaria que antecede, por las siguientes razones:

En primer término, el art. 183 de la C.N. atribuye la competencia para dictar el decreto de pérdida de investidura al Consejo de Estado.

Esta competencia, por estar prevista como especial a términos del art. 237-5 de la C.N., le corresponde a la Corporación en pleno, es decir, integrada por los miembros de todas sus Salas y Secciones.

La competencia anterior aparece atribuída al Consejo de Estado en pleno por el art. 304 de la ley 5a. de 1992.

En tales condiciones en el presente caso debía conocer del negocio la Sala Plena del Consejo de Estado.

A más de lo anterior, se observa también, que la C.N. establece que el decreto de pérdida de investidura deberá producirse dentro de un término no mayor de veinte días hábiles contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano (art. 183).

Esta disposición aparece repetida en el mencionado art. 304 de la ley 5a. de 1992.

Pero, se observa, no hay procedimiento ordinario o especial que permita tomar una decisión sobre el particular en el término previsto por la Constitución y la ley.

Por su parte, la ley 5a. de 1992 en el mismo artículo citado prevé que "La ley fijará el procedimiento judicial especial correspondiente a la acción pública de pérdida de la investidura, en lo que al Consejo de Estado se refiere".

En tales condiciones es claro que al no existir procedimiento especial para tramitar la solicitud, tampoco por este aspecto puede darse trámite a la misma, por cuanto no se ha creado el procedimiento para cumplir lo ordenado por la C.N.

Así las cosas, la providencia suplicada debió confirmarse en lugar de revocarse, como se hizo.

Miren De La Lombana de Magyaroff

Fecha *Ut supra*

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente 796. Actor: ALBERTO ALVAREZ JIMENEZ

Con el mayor respeto me aparto nuevamente del criterio mayoritario, para consignar mi disentimiento con la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de asumir el conocimiento de los procesos de PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA, que considero corresponde a la Sala Plena del Consejo de Estado según lo prescribe la ley 5a. de 1992.-

Además, porque no se ha expedido la ley que regle el procedimiento a seguir, el cual debe permitir la decisión del proceso en el término de 20 días que señala el Art. 184 de la Constitución Política.-

Santa Fe de Bogotá D.C., julio 6 de 1993.

Amado Gutiérrez Velásquez

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente No. AC-796 Actor: ENRIQUE MALDONADO SANTOS. Auto 29 de junio de 1993.

Con mi acostumbrado respeto hacia mis compañeros, explico mi voto adverso a la anterior providencia con las consideraciones que expuse en auto de Sala Unitaria del 13 de abril de 1993 en el cual inadmití la misma demanda que había presentado el actor y que reiteró el 13 de mayo con algunos cambios. Expuse en esa oportunidad:

La nueva función atribuida por la Constitución de 1991 al Consejo de Estado de conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas debe ejercerse de conformidad con la Constitución y la Ley en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la respectiva Cámara, o por cualquier ciudadano. De los anteriores términos utilizados por el artículo 184 de la Constitución se desprende la posibilidad de que exista procedimiento adecuado a las circunstancias cuando la solicitud provenga de la respectiva Cámara a través de su mesa directiva, o cuando ésta sea presentada directamente al Consejo de Estado por cualquier ciudadano.

Aunque el Congreso de la República no se ha ocupado de manera especial en regular el procedimiento que debe seguirse. en esta delicada materia de repercusiones jurídico políticas, es cierto que sí consagró ya algunas obligatorias previsiones en la Ley 5a. de 1992. Aunque esta Ley se refiera al Reglamento del Congreso, al regular en el Capítulo Undécimo el Estatuto del Congresista desarrolló varios aspectos que necesariamente incidirán en el procedimiento que habrá de seguirse ante el Consejo de Estado, cuando el propio Congreso le

SALA PLENA

de cumplimiento al ordenamiento consagrado en el inciso final del artículo 304 con el cual culminó el mencionado Capítulo al disponer: "La ley fijará el procedimiento judicial especial correspondiente a la acción pública de pérdida de la investidura, en lo que al Consejo de Estado se refiere".

Algunas de las previsiones que ya concretó el Congreso y que tendrán futura incidencia en el procedimiento ante el Consejo de Estado se refieren a la naturaleza de las causales invocadas y al origen de la solicitud, pues la Ley 5a. distingue entre la solicitud formulada por cualquier ciudadano en el art. 301 y en el art. 299 la solicitud obligatoria de la Mesa Directiva, que se produce en los eventos de decisión desfavorable al congresista en las respectivas Cámaras según la causal sea de aquellas que requieren previo pronunciamiento judicial (art.297) o previo pronunciamiento congresional (art-298).

En el primer caso, que precisamente es el invocado por el peticionario en esta oportunidad, el art. 301 distingue si la solicitud viene acompañada de las pruebas que ameriten la pérdida de la investidura o solamente de demostraciones sumarias. En el primer evento el Consejo podrá decretar la pérdida de la investidura siguiendo el procedimiento que según el artículo 304 deberá fijar la ley y que aún no lo ha hecho y en el segundo, adelantará las indagaciones pertinentes antes de pronunciarse sobre la solicitud. Así se desprende de la lectura simple del artículo 301 que dispone:

"ARTICULO 301. Solicitud ciudadana. Cualquier ciudadano podrá solicitar al Consejo de Estado sea decretada la pérdida de la investidura congresal por haber incurrido, algún miembro de las Cámaras, en una de las causales que la originan, en los términos del artículo 183 constitucional.

"Esta solicitud deberá estar acompañada de las pruebas que así lo ameriten, en las condiciones legales. Si ello no fuere posible, pero existieren demostraciones sumarias sobre alguna de las causales invocadas, deberá el Consejo de Estado antes de la iniciación del proceso judicial correspondiente, adelantar las indagaciones ante la respectiva Cámara. Esta, en el término de 15 días, dará los informes completos que se demanden".

De las mencionadas disposiciones de la Ley 5a. de 1992 se desprende la necesidad de la Ley que fije el procedimiento judicial especial correspondiente a que se remite el artículo 304 en su último inciso y sin el cual el Consejo de Estado se ve ante una imposibilidad de ejercer la competencia que le asignó la Constitución.

No puede adoptar el procedimiento ordinario previsto en el art. 206 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) por cuanto la ley ha querido que sea procedimiento "especial" y además porque se necesitaría cumplirlo en el término de veinte días a que se refiere tanto el artículo 184 de la Constitución como el artículo 304 de la Ley 5a. de 1992 que lo reiteró y el procedimiento ordinario del C.C.A. es imposible agotarlo judicialmente en un lapso tan breve.

Pero, adicionalmente, es preciso reconocer que varias de las causas previstas en la Constitución y desarrolladas parcialmente en la Ley 5a. de 1992 necesariamente son o deben tener previo pronunciamiento congresional aún en el evento de que la solicitud tenga origen en una petición ciudadana, pues por su naturaleza corresponde a la respectiva Cámara y a su Mesa Directiva establecer la realización de los supuestos de hecho constitutivos de infracción, como por ejemplo la inasistencia a reuniones plenarias o el conflicto de intereses.

Tal es el caso que se ha presentado en esta ocasión que ocupa la atención de la Sala: si la causal invocada radica en no haberse declarado impedido el congresista acusado al momento de discutir y votar en la sesión o sesiones correspondientes la ley que supuestamente favorece particularmente su patrimonio económico, es a la Cámara correspondiente o a la Comisión respectiva a las que le compete indagar primero y establecer sí se incurrió o no en la causal invocada por el ciudadano peticionario, como lo tiene previsto el numeral 1o. del artículo 298 de la tantas veces citada Ley 5a:

"1. Las violaciones del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses, las cuales serán calificadas por el pleno de cada Corporación legislativa en los términos dispuestos por la Constitución Política y la ley, dando amplias garantías de defensa a quien acuse de la infracción y previo informe que presente la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista".
(subrayo).

En conclusión, tanto por la falta de procedimiento ante el Consejo de Estado como por razón de la causal invocada (violación del régimen de "conflicto de intereses") esta Corporación no puede adelantar, ni tramitar la solicitud del ciudadano Maldonado Santos, motivo por el cual será inadmitida.

Hasta aquí lo dicho en tal auto, pero debo agregar:

1- Según el hecho sexto, el mismo actor formuló a la Comisión de Ética de la Cámara de Representantes la misma solicitud de pérdida de investidura del congresista César Pérez García con base en lo dispuesto por los artículos

SALA PLENA

59 y 301 de la Ley 05/92 y dicha solicitud se encuentra a consideración del ponente Dr. Guillermo Chaves C.

Es comprensible la actitud del actor, pero precisamente demuestra el cúmulo de problemas que acarrea la falta de legislación sobre el procedimiento especial en el Consejo de Estado. De seguirse el curso en ambas entidades quedarán expuestas a una solución eventualmente contradictoria.

2- Mi posición adversa a que el Consejo asuma el conocimiento de estos trascendentales asuntos sin que se haya regulado el procedimiento, no es con el pretexto de los eventos de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, consignados en el artículo 48 de la Ley 153 de 1887, sino precisamente, lo contrario.

El art. 184 de la Constitución asigna al Consejo de Estado la competencia para decretar la pérdida de la investidura de los congresistas, **“de acuerdo con la ley”** y precisamente la Ley 5a de 1992 reglamenta parcialmente la materia, y anunció en el artículo 304 que **“la ley fijará el procedimiento judicial especial.... en lo que al Consejo de Estado se refiere”**, de tal suerte que la abstención es un acatamiento a la Ley 5a y lo que de ella se deriva.

3- Finalmente reitero lo dicho en mi salvamento de voto del 14 de abril de 1993 en el Proceso AC-500:

Insisto en que la responsabilidad política por el fracaso del sistema de juzgamiento de los congresistas consagrado en el artículo 184 de la Constitución no debe ser asumido por el Consejo de Estado en un plausible propósito de contribuir al saneamiento de uno de los peores males que aquejan aún a la República y que constituyó precisamente uno de los motivos invocados para derogar la Constitución de 1886. Pero dicha responsabilidad le corresponde asumirla **-valiente y honestamente-** al propio Congreso con la expedición de la correspondiente ley de procedimiento, pero que sea efectiva y no un motivo más de las tantas frustraciones que la denominada clase política le ha dado al país.

Actor: ENRIQUE MALDONADO SANTOS.

Jaime Abella Zárate

Santa Fe de Bogotá D.C., julio 8 de 1993.-

**SALA DE
CONSULTA
Y
SERVICIO CIVIL**



RETIRO POR DERECHO A PENSION

La administración está legalmente facultada para retirar oficiosamente aquellos empleados que habiendo completado 20 años de servicio y cumplido 60 años se hayan acogido a la opción de permanecer en el cargo hasta esta edad, siempre y cuando hubiesen obtenido el reconocimiento de la correspondiente pensión de jubilación, por parte de la Caja de Previsión respectiva. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, expedido por la respectiva Caja de Previsión, es indispensable para cuando se pretenda retirar al empleado con 20 años de servicio y 60 años de edad antes de los seis meses siguientes al cumplimiento de dicha edad. El retiro puede hacerse efectivo en forma inmediata, una vez que el trabajador, cumplidos los 20 años de servicio y 60 de edad haya hecho uso del plazo de gracia de seis meses que le concede la ley.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Santa Fe de Bogotá, D.C., cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Roberto Suárez Franco.*

Referencia: Radicación No. 498. Consulta relacionada con la legalidad en el retiro oficioso por parte de la administración, de personas que llenando los requisitos para pensión de jubilación no tramitan ésta ante la Caja Nacional de Previsión.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Salud, doctor Juan Luis Londoño de la Cuesta, formula a la Sala en los siguientes términos textuales:

SALA DE CONSULTA

“El artículo 1o., de la Ley 33 de 1985 establece: El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le 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”.

Y más adelante el inciso tercero del mismo artículo agrega:... “En todo caso a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso, y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta (60) años, salvo las excepciones que, por vía general, establezca el gobierno”.

El concepto del 12 de agosto de 1985 esa Corporación, a propósito del artículo citado, señala en uno de sus apartes:

“3. Sin embargo, el artículo 1o. inciso 3o., de la Ley 33 de 1985 dispone que:

“En todo caso a partir de la fecha de la vigencia de esta ley, ningún empleado oficial podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta (60) años, salvo las excepciones que por vía general, establezca el gobierno”.

Esta disposición modificó la legislación anterior porque deja opción al empleado, con derecho a percibir pensión de jubilación, pedir su reconocimiento, el que sólo le es obligatorio al cumplir 60 años de edad. Lo que significa que actualmente, según el artículo 1o. inciso 3o. de la Ley 33 de 1985, es causal de retiro del servicio, entre otras, tener derecho reconocido a pensión de jubilación, bien porque, voluntaria y espontáneamente, el empleado solicitó su reconocimiento o porque, en defecto de su petición, después de que cumpliera 60 años la administración oficiosamente se lo reconoció”.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto y en las demás normas aplicables, se pregunta:

1.- Está facultada legalmente la administración para retirar oficiosamente aquellos empleados que tienen 20 años de servicio y sesenta (60) años de edad?

2.- Es necesario que exista acto administrativo por parte de la Caja de Previsión que reconozca la pensión de jubilación ?

3.- Este retiro se debe hacer inmediatamente se den los presupuestos de edad (60) años y de servicio veinte (20) años o la administración puede señalar un tiempo prudencial para ese retiro?”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El derecho al trabajo de los servidores públicos, es correlativo a la obligación de someterse a un régimen legal de condiciones estatutarias y reglamentarias que regulan la permanencia y su retiro de la función pública, régimen del cual hacen parte también las condiciones de ingresos como las causales de retiro.

El artículo 1o. del Decreto 3074 de 1968 considera la “cesación definitiva de funciones” del empleado que reúna las condiciones necesarias para tener derecho a disfrutar una pensión de jubilación; igualmente la terminación del servicio de los empleados de carrera se produce “por retiro con derecho a jubilación en los términos del artículo 7o., aparte d), de la ley 27 de 1992.

En un mismo orden de ideas el artículo 1o. de la ley 33 de 1985 establece que los empleados oficiales tienen derecho a que por la “respectiva Caja de Previsión se les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio” siempre y cuando hayan servido durante 20 años continuos o discontinuos y lleguen a la edad de 55 años.

Constituye entonces un derecho del empleado al cumplir veinte (20) años de servicio y cincuenta y cinco (55) de edad, se le reconozca el pago de la pensión vitalicia de jubilación, equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento del salario del último año de servicio, liquidado sobre los factores señalados por el artículo 3o. de la ley 33 de 1985.

Para los efectos de la ley citada se entiende por empleados oficiales los empleados públicos nombrados o elegidos, los trabajadores oficiales y los funcionarios de seguridad social (artículo 13 *ibídem*).

El artículo 1o. de la ley 33 de 1985 tuvo como génesis un proyecto de ley presentado por el Gobierno Nacional a consideración de las Cámaras en el que, se proponía aumentar la edad de jubilación a los sesenta años, pero con un límite máximo de 65 años, que era la edad constitutiva del retiro forzoso previsto en la ley.

Se incluyó también en el citado proyecto un inciso (último del artículo 1o.) con el que se pretendió mejorar la situación del empleado oficial al haberse

SALA DE CONSULTA

concedido un término adicional cumplidos los 60 años y hasta los 65, edad del retiro obligatorio.

En el trámite de las deliberaciones y con respecto al proyecto se redujo la edad de jubilación a los 55 años pero se concedió un plazo adicional para el retiro hasta los 60 años.

Se expresó sobre el particular en la ponencia para primer debate, lo cual se acogió en definitiva:

“Se ha dicho con razón que “resulta hoy cruel, en la mayoría de los casos, y perjudicial para la sociedad, condenar a la inactividad laboral a personas que mantienen su normal capacidad de trabajo”. Este argumento es válido, mucho más cuando cálculos realizados por la Oficina de Planeación de la Caja Nacional de Previsión Social, indican que tanto hombres como mujeres que han llenado los requisitos para gozar de la pensión de jubilación, continúan trabajando por cinco y seis años más. Pero indudablemente que en un país donde el desempleo aumenta día a día, sin que el Estado defina políticas de empleo reales, prácticas y definitivas, es conveniente dar oportunidad a otras gentes que puedan solventar siquiera en forma mínima su dura situación familiar, no solo obteniendo el retiro del pensionado, sino estableciendo programas para la tercera edad, que será la edad del futuro si se tiene en cuenta el avance que toman las políticas sobre control a la natalidad. Pero también estimamos que el Estado bien puede aprovechar por un tiempo más la sabiduría, la serenidad de juicio y la experiencia de quien ha llegado a los 55 años de edad luego de 20 años de servicio, y de allí que estemos totalmente de acuerdo con el inciso 3o. del artículo que venimos comentando, con la salvedad de que para ser consecuentes con la esperanza de vida del pueblo colombiano a que hemos aludido antes, rebajamos a sesenta años (60) esa posibilidad”.

Cumplido el trámite constitucional del que luego fue el artículo 1o. de la ley 33 de 1985, quedaron vigentes unos ordenamientos cuyos alcances se impone tener en cuenta. Son estos: en primer término se mantuvo la exigencia legal de permanencia en el cargo consistente en que para obtener una pensión de jubilación se requiere la prestación del servicio al Estado por un espacio no inferior a 20 años, contínuos, o discontinúos; se igualó la edad para la jubilación en 55 años tanto para hombres como para las mujeres; por último y no obstante haberse fijado como edad de jubilación los 55 años, se concedió un plazo adicional para el retiro voluntario del trabajador hasta los 60 años.

De consiguiente, el retiro entre los cincuenta y cinco y los sesenta años de edad es una opción exclusiva del empleado, pues es a ésta última edad

cuando surge para la administración el derecho a retirar al empleado, mediante providencia motivada.

Pero, por otra parte, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por los artículos 120 y 124 del Decreto 1950 de 1973 que reglamenta el artículo 1o. del Decreto 3074 de 1968, según los cuales se concede un término de gracia de seis meses en favor del empleado que reúna las condiciones legales para tener derecho a la pensión de jubilación o de vejez, y a quien se le “notificará por la entidad correspondiente que cesará en sus funciones y será retirado del servicio dentro de los seis meses siguientes, para que gestione el reconocimiento de la correspondiente pensión”. “Si el reconocimiento se efectuare dentro del término indicado se decretará el retiro y el empleado cesará en sus funciones”.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto se responde:

1o.- La administración está legalmente facultada para retirar oficiosamente aquellos empleados que habiendo completado 20 años de servicio y cumplido 60 años se hayan acogido a la opción de permanecer en el cargo hasta esta edad, siempre y cuando hubiesen obtenido el reconocimiento de la correspondiente pensión de jubilación por parte de la Caja de Previsión respectiva.

2o.- El acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, expedido por la respectiva Caja de Previsión, es indispensable para cuando se pretenda retirar al empleado con 20 años de servicio y 60 años de edad antes de los seis meses siguientes al cumplimiento de dicha edad.

3o.- El retiro puede hacerse efectivo en forma inmediata, una vez que el trabajador, cumplidos los 20 años de servicio y 60 de edad haya hecho uso del plazo de gracia de seis meses que le concede la ley.

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

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

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón*;
Jaime Betancurt Cuartas; *Roberto Suárez Franco*.

Elizabeth Castro Reyes Secretaria de la Sala.

Autorizada la publicación con oficio N° 601 del 16 de abril de 1993.

ECOPETROL / PENSION DE JUBILACION / REAJUSTE PENSIONAL

Todas las pensiones reconocidas por ECOPETROL a sus servidores antes del 1o. de enero de 1989, deben ser reajustadas según las previsiones del art. 116 de la ley 6a. de 1992 y del decreto 2108 del mismo año. Las pensiones de jubilación que hubiere reconocido Ecopetrol u otra entidad de derecho público del orden nacional, sobre la base del cómputo de tiempo servido en varios organismos, deben ser reajustadas como lo ordenan la ley 6a. de 1992 y su decreto 2108 del mismo año, siempre que su reconocimiento se haya efectuado con anterioridad al 1o. de enero de 1989.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.

Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Radicación 503. Consulta formulada por el señor Ministro de Minas y Energía sobre la aplicabilidad a Ecopetrol de los reajustes pensionales previstos por el artículo 116 de la ley 6a. de 1992 y el decreto 2108 del mismo año a Ecopetrol.

El doctor Guido Nule Amin, Ministro de Minas y Energía, ha formulado a la Sala la siguiente consulta:

"La Empresa Colombiana de Petróleos - ECOPETROL - ha solicitado al despacho a mi cargo elevar a esa Honorable Corporación la consulta que, previas las siguientes consideraciones, me permito formular:

1. ECOPETROL, creada por la ley 165 de 1948, está constituida como empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional.

2. En virtud de lo establecido en el artículo 10. del decreto 2027 de 1.951, disposición a la cual la ley 141 de 1961 otorgó carácter legal y que, además fué ratificada por los estatutos de la empresa (artículo 29 del decreto 062 de 1970), las relaciones de trabajo de ésta con sus servidores, excepción hecha del Presidente de la misma, se rigen por las normas del Código, Sustantivo del Trabajo o derecho laboral común.

3. El régimen laboral aplicable en ECOPETROL ha sido objeto de pronunciamientos judiciales que han confirmado que él es el regulado por el Código Sustantivo del Trabajo y que los conflictos que surjan son de competencia de la jurisdicción laboral ordinaria. Entre tales pronunciamientos cabe mencionar el concepto del Honorable Consejo de Estado de fecha 11 de octubre de 1973, el fallo del 21 de octubre de 1981 y la sentencia del 9 de septiembre de 1980, ambos de dicha corporación, así como la sentencia del 15 de abril de 1988 proferida por la Honorable Corte Suprema de Justicia.

4. En cumplimiento de lo establecido por el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, las leyes 4a. de 1976 y 71 de 1988, el numeral 4.5 del acuerdo No. 01 de 1977 de la Junta Directiva y el artículo 109 de la convención colectiva de trabajo vigente, ECOPETROL asume directamente el pago de las pensiones de jubilación y de las prestaciones económicas, educativas y de salud, a los jubilados y a sus familiares.

5. El artículo 116 de la ley 6a. de 1992 ordenó, ajustar las pensiones del sector público nacional que se hubieran reconocido con anterioridad al 1o. de enero de 1989.

6. Mediante el decreto 2108 del 29 de diciembre de 1992 el Gobierno, en desarrollo de las facultades conferidas por la disposición legal citada, fijó los porcentajes de reajuste de las aludidas pensiones de jubilación.

7. ECOPETROL reconoce pensiones de jubilación por trabajo exclusivo a ella de conformidad con el Código Sustantivo del Trabajo y por servicios al Estado, incluida la Empresa, con sujeción al régimen laboral aplicable a los servidores públicos.

SE CONSULTA:

1. Son aplicables a las personas a quienes les fué reconocida, de conformidad con el Código Sustantivo del Trabajo, pensión plena de jubilación

SALA DE CONSULTA

por haber cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicio **exclusivamente** en ECOPETROL, los reajustes pensionales de que tratan la ley 6a. de 1992 y el decreto 2108 del mismo año?

2. Son aplicables tales reajustes a las personas que gozan de una pensión mixta, es decir, de aquella que fue reconocida de conformidad con las normas que regulan las prestaciones sociales de los servidores públicos conjuntamente por ECOPETROL y por otras entidades estatales a las cuales hubieran prestado servicios?."

La Sala considera:

1.) La Empresa Colombiana de Petróleos, es una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, organizada conforme a las disposiciones que la ley 165 de 1948. Sus servidores, como todos los de entidades de esta naturaleza, son en principio trabajadores oficiales, salvo aquellas personas que ejerzan las actividades de dirección y de confianza señaladas en sus estatutos, que tienen la calidad de empleados públicos.

2.) Según el decreto 3135 de 1968, los trabajadores oficiales, que son una especie del término genérico Empleados Oficiales, deben ser vinculados por contrato de trabajo, real o presunto de conformidad con las normas de la ley 6a. de 1945 y su decreto reglamentario 2127 de ese mismo año. Para esta clase de servidores la remuneración debe ser establecida por el correspondiente organismo y las prestaciones sociales son las previstas en los decretos 3135 de 1968 y 1045 de 1978 como garantías mínimas establecidas en la ley, que pueden ser aumentadas por las que se fijen en pactos y convenciones colectivas de trabajo con la respectiva entidad (art. 4o. Dcto. Ley 1045 de 1978)

3.) El artículo 3o. del Código Sustantivo de Trabajo prescribe que sus disposiciones regulan las relaciones de derecho individual de trabajo de carácter particular y las de derecho colectivo de trabajo, tanto oficiales como particulares.

Por su parte el artículo 4o. *ibidem* prevé que no están sometidas a sus normas, las relaciones de derecho individual del trabajo de todos los servidores del Estado.

De donde se concluye que el Código Sustantivo del Trabajo sólo se aplica a los servidores públicos, entre ellos contemplados los trabajadores oficiales, respecto de sus relaciones de derecho colectivo de trabajo.

4.) Sin embargo podrá suceder que la ley o un decreto con fuerza de ley remita al Código Sustantivo del Trabajo para reconocer y liquidar la pensión de jubilación de algunos empleados oficiales.

De manera excepcional el decreto 2027 de 1951 dispone que “las relaciones de trabajo de la Empresa Colombiana de Petróleos se regirán por el derecho común laboral contenido en el código sustantivo del trabajo”. Este sometimiento a normas de carácter privado no le resta la calidad de trabajadores oficiales y, por lo mismo, de servidores públicos, a las personas que prestan sus servicios a Ecopetrol, que no tienen la calidad de empleados públicos.

5.) El artículo 116 de la ley 6a. de 1992, ordena un ajuste para las pensiones del sector público nacional que se hayan reconocido con anterioridad al 1o. de enero de 1989.

De lo anterior se deduce que el legislador se refiere al reajuste de las pensiones de los jubilados de todas las entidades que tengan el carácter oficial o público, como los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado y, como la norma no hace distinción, debe entenderse que comprende tanto a empleados públicos como a trabajadores oficiales.

Lo propio sucede con las pensiones reconocidas por servicios prestados a dos o más entidades públicas: son pensiones del sector público a las cuales también les es aplicable el reajuste dispuesto por el artículo 116 de la ley 6a. de 1992.

De conformidad con las anteriores consideraciones la Sala absuelve los interrogantes planteados por el señor Ministro de Minas y Energía:

1.) Todas las pensiones de jubilación reconocidas por ECOPETROL a sus servidores antes del 1o. de enero de 1989, deben ser reajustadas según las previsiones del artículo 116 de la ley 6a. de 1992 y del decreto 2108 del mismo año.

2.) Las pensiones de jubilación que hubiere reconocido Ecopetrol u otra entidad de derecho público del orden nacional, sobre la base del cómputo de tiempo servido en varios organismos del sector público, deben ser reajustadas como lo ordenan la ley 6a. de 1992 y su decreto 2108 del mismo año, siempre que su reconocimiento se haya efectuado con anterioridad al 1o. de enero de 1989.

SALA DE CONSULTA

Transcríbase en sendas copias al señor Ministro de Minas y Energía y al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón*, *Jaime Betancur Cuartas*, *Roberto Suárez Franco*.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada la publicación con oficio No 31926 del 16 de abril de 1993

IMPUESTO A JUEGOS PERMITIDOS / ECOSALUD / SUJETO PASIVO/MUNICIPIO / SANTAFE DE BOGOTA DISTRITO CAPITAL / TRANSFERENCIAS.

Los juegos de suerte y azar, a que se refiere el art. 42 de la ley 10 de 1990, son parte de los juegos permitidos en el país, y por este motivo están sometidos al impuesto previsto por el ordinal 1o. del art 7o. n de la ley 12 de 1932 y las demás normas que la modifican y complementan, dicho impuesto por disposición de la ley 33 de 1968 fue cedido a los municipios y al Distrito Capital, que son los actuales sujetos activos del mismo y está a cargo de Ecosalud como sujeto pasivo del gravamen. Nada obsta a lo expuesto que los municipios y el Distrito Capital de Bogotá, de acuerdo con la Constitución (arts. 236 y 237) reciban fondos por concepto de transferencias de la Nación destinados a la salud o a gastos generales de esas entidades; de todos modos el impuesto de que se trata incrementa los ingresos generales de los municipios y del Distrito Especial de Bogotá.

IMPUESTO A JUEGOS PERMITIDOS / SUJETO PASIVO/ ECOSALUD / GRAVAMEN MUNICIPAL - Improcedencia (SALVAMENTO DE VOTO).

El impuesto municipal sobre juegos de suerte y azar, cuyo fundamento jurídico es la ley 33 de 1986 y sus antecedentes son las leyes 12 de 1932 y 69 de 1946, perdió vigencia al ser declarada la explotación de tales juegos como un monopolio rentístico de la Nación y destinarse su producido, con exclusividad, al sector de la salud. Es cierto que la intención del constituyente de 1991 es de fortalecimiento de los fiscos de las entidades territoriales. Pero esta verdad no tiene relación causal con el hecho de que con

SALA DE CONSULTA

anterioridad, el Congreso de la República hubiera adoptado la decisión de dar un tratamiento diferente a la explotación de juegos permitidos cuyas utilidades pasaron a ser rentas nacionales de destinación especial o específica, con lo cual escapan a la imposición de eventuales gravámenes por parte de aquellas entidades territoriales. Por consiguiente, consideramos equivocado sostener con respecto a rentas con tales características: a) Que es "a los concejos municipales a los que corresponde regular lo concerniente a este gravamen", y b) Que "si las entidades de derecho público, por regla general también suelen ser sujetos pasivos de impuesto, con mayor razón una sociedad comercial ..." porque ECOSALUD no solo administra un monopolio rentístico a nombre de la Nación y con destino para el sector salud, sino que gravar sus ingresos equivale a gravar rentas de la Nación y desviarlas, así sea parcialmente, hacia otros objetivos. Las características de que está revestido por ley el mencionado monopolio, la voluntad del constituyente de destinar su producido exclusivamente al sector de la salud y la separación de patrimonio entre los diversos niveles del Estado, son principios fundamentales que impiden sostener que el gravamen municipal a los juegos permitidos mantiene su vigencia.

Consejo de Estado-Sala de consulta y Servicio Civil.

Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Betancur Cuartas*

Referencia: Radicación 495

Consulta relacionada con el impuesto a juegos permitidos creado por la ley 12 de 1932, a los juegos de suerte y azar y explotados en desarrollo del Monopolio establecido en el artículo 42 de la ley 10 de 1990.

El Ministro de Gobierno ha formulado a la Sala de Consulta y Servicio Civil la siguiente consulta:

"El Ministerio de Gobierno a solicitud del señor Alcalde Mayor del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, desea conocer el criterio de esa H. Sala en lo relacionado con el impuesto a juegos permitidos, creado por la ley 12 de 1932, a los juegos de suerte y azar explotados en desarrollo del monopolio establecido por el artículo 42 de la ley 10 de 1990.

La ley 10 de 1990, es desarrollo del artículo 31 de la Constitución de 1886 (hoy artículo 336), estableció el monopolio sobre las modalidades de juegos de suerte y azar diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes, monopolio que es administrado en la actualidad por una sociedad de capital público denominada ECOSALUD S.A.

Como administradora del monopolio, ECOSALUD S.A. ha iniciado la explotación de algunos juegos de suerte y azar, por ejemplo el juego "La Instantánea" mediante contrato suscrito con el consorcio WINTECH S.A.

Por lo previsto en el artículo 73 de la ley 49 de 1990 es claro para el Distrito que para la explotación de los juegos de suerte y azar objeto del monopolio de la ley 10 debe obtenerse el permiso policivo.

Lo que ofrece dudas a las autoridades distritales y motiva la consulta al Honorable Consejo de Estado, es si el titular de la explotación de un juego de suerte y azar debe pagar el impuesto a los juegos permitidos creado por la ley 12 de 1932.

Para ofrecer elementos que permitan contestar esta pregunta me permito hacer un breve recuento de la evolución del tributo.

El ordinal 1o. del artículo 7o. de la ley 12 de 1932 lo estableció por primera vez en los siguientes términos:

1. El impuesto del 10 por ciento (10%) sobre el valor de cada boleta de entrada personal a espectáculos públicos de cualquier clase, y por cada boleta o ticket de apuesta en toda clase de juegos permitidos, o de cualquier otro sistema de repartición de sorteos".

Este impuesto a los juegos tiene como hecho generador la boleta o ticket de apuesta, es decir, el medio que da acceso o materialización del juego, por ello no podría decirse que la ley 12 gravó solamente a las apuestas, sino que también lo hizo respecto a los juegos permitidos.

Por otra parte, el impuesto, de carácter temporal en su iniciación, se convirtió en permanente por la ley 69 de 1946 cuando estableció en su artículo 12:

"Restablécese el impuesto del diez por ciento (10%) sobre el valor de cada boleta o ticket de apuestas en toda clase de juegos permitidos a que se refiere el ordinal 1o. del artículo 7 de la ley 12 de 1932".

SALA DE CONSULTA

Posteriormente la ley 33 de 1968 en su artículo 3o. lo cedió a los municipios y el Distrito Especial de Bogotá. El Decreto 057 de 1969 reglamentó en los siguientes términos la cesión:

“Artículo 6o. A partir del 1o. de febrero de 1969 corresponde al Distrito Especial de Bogotá y a los municipios, la administración, recaudo y control de los impuestos nacionales que fueron declarados de propiedad exclusiva suya, de conformidad con el artículo 3o. de la ley 33 de 1968”.

“Artículo 7o. El Distrito Especial de Bogotá y los municipios, que se beneficiarán con la cesión de los impuestos aludidos organizarán su administración y recaudo en tal forma que las tarifas sean las mismas actuales y que los procedimientos para percibirlos se ciñan a las leyes y decretos que los crearon y reglamenten”.

En consecuencia, al efectuar los recaudos por conducto de la Tesorería Distrital y de las Municipalidades deberán observarse los sistemas establecidos así:

“c) La liquidación, recaudo y control de impuesto del 10% sobre el valor boletas de rifas de que tratan las leyes 12 de 1932 y 69 de 1946, se harán en la forma y términos previstos por el decreto 1558 de 1932, pero su pago se efectuará en las Tesorerías Distritales o Municipales”.

El Código de Régimen Municipal o Decreto 1333 de 1986 recogió en los siguientes artículos las normas vigentes sobre el tributo:

“Artículo 227. De conformidad con la ley 69 de 1946, está vigente el impuesto del diez por ciento(10%) del valor de cada boleta o tickete de apuestas en toda clase de juegos permitidos a que se refiere el ordinal 1o. del artículo 7o. de la ley 12 de 1932”.

“Artículo 228. Son propiedad exclusiva de los Municipios y del Distrito Especial de Bogotá los impuestos sobre billetes, ticketes y boletas de rifas y apuestas, y premios de las mismas, a que se refieren las leyes 12 de 1932 y 69 de 1946 y de mas disposiciones complementarias.

Los Municipios y el Distrito Especial procederán a organizar y asumir oportunamente la administración y recaudo de los impuestos a que se refiere este artículo, con las tarifas y sobre las bases normativas en vigencia”.

Para terminar deben destacarse dos aspectos importantes:

1o. Existen pronunciamientos recientes que han tocado el tema. La Corte Suprema de Justicia, al conocer de una demanda contra el artículo 43 de la ley 10 de 1990 en la que se sostenía que contrariaba los artículos 182 y 183 de la Constitución de 1886 por cuanto excluyen “la participación en esa actividad como arbitrio rentístico de los Departamentos y Municipios con lo cual se está despojando de una vieja renta a los Departamentos y Municipios, desconociendo la propiedad que sobre estos tributos tenían dichas entidades tanto en el caso de los permisos policivos como en la concesión de casinos y salones de juegos permitidos”, en sentencia de 9 de abril de 1991 consideró que el “régimen de Impuestos existentes se aplicará a la entidad autorizada por el artículo 43 en los mismos términos que se aplicaba a los particulares” (se subraya) (Expediente 2219, Magistrado ponente Simón Rodríguez).

Sentencia del 13 de julio de 1990, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Cuarta, Expediente 2587, que decretó la nulidad del literal a) del artículo 12 del decreto 592 de 1976, el cual señalaba la fórmula para determinar el impuesto del 10% sobre el valor de venta al público de cada boleta de rifas o billetes de lotería de que tratan las leyes 12 de 1932, 69 de 1946 y 33 de 1968.

2o. El Distrito no encuentra norma alguna que impida cobrarle el impuesto a los juegos monopolizados por la Ley 10 de 1990, como si sucede con las apuestas permanentes o “Chance” y las loterías existentes que no son de Bogotá y circulan o se venden en la ciudad. En materia de loterías la misma ley 12 de 1932 estableció en el inciso segundo del artículo 7o. que los municipios no podrán gravar las loterías ni los premios en ninguna forma. Por su parte en materia del Chance la misma ley 1 de 1982 prohibió en su artículo 6o. a los Departamentos, a las Intendencias, a las Comisarías, al Distrito Especial de Bogotá y a los Municipios, establecer impuestos directos o indirectos sobre los juegos de apuestas permanentes.

Como no existe norma similar con relación al monopolio de la ley 10 de 1990 que indique que no se pueden gravar los juegos de suerte y azar del arbitrio rentístico por ella establecido, y teniendo en cuenta el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia del 9 de abril de 1991, se consulta:

“Los juegos de suerte y azar que se exploten en desarrollo del monopolio establecido por la ley 10 de 1990 están sometidos al gravámen previsto en las leyes 12 de 1932, 60 de 1946, 33 de 1968, en el Decreto 57 de 1968 y en el decreto-ley 1333 de 1986?”.

SALA DE CONSULTA

La Sala considera y responde así:

1.) La ley 12 de 1932, en el artículo 7o. numeral 1o. estableció un impuesto del 10% sobre “cada boleta o ticket de apuesta en toda clase de juegos permitidos, o de cualquier otro sistema de repartición de sorteos. La destinación de este gravamen fue la de atender el servicio de los bonos del empréstito patriótico, emitidos para atender los gastos generales por la guerra con el Perú.

2.) La ley 41 de 1933 dispuso que los juegos permitidos que reportan ganancias, “que se verifiquen por sistemas diferentes de boletas o quinielas, pagarán el impuesto fijado en el artículo 7o., inciso 1o., de la ley 12 de 1932”.

3.) El artículo 12, de la ley 69 de 1946 restableció el impuesto del 10% “sobre el valor de cada boleta o ticket de apuestas en toda clase de juegos permitidos”.

4.) La ley 33 de 1968 dispuso que: “a partir del 1o. de enero de 1969, serán propiedad exclusiva de los Municipios y del Distrito Especial de Bogotá -hoy Distrito Capital-” “... el impuesto sobre billetes, tickets y boletas de rifas y apuestas, y premios de las mismas, a que se refieren las leyes 12 de 1932 y 69 de 1946, y demás disposiciones complementarias”.

5.) Las anteriores normas fueron incluidas en el Código de Régimen Municipal, adoptado por el decreto ley 1333 de 1986, en los artículos 227 y 228.

6.) El artículo 42 de la ley 10 de 1990, declaró como “arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes”.

7.) El artículo 43 de la citada ley 10 de 1990, autorizó “la Constitución y organización de una Sociedad de capital público, de la cual serán socios la Nación y las entidades territoriales o sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes, y cuyo objeto sea la explotación y administración del monopolio rentístico creado mediante el artículo 42 de la presente ley...”.

8.) El decreto 1558 de 1932, señaló el procedimiento para el recaudo del impuesto sobre las boletas o tickets de apuestas de juegos permitidos, en los siguientes términos:

“El impuesto sobre las boletas o tickets de apuestas, quinielas o remates que se lleven a cabo en los juegos permitidos ... se hará efectivo sobre las

planillas de movimientos de boletas o tiquetes empleados en ellas. Para tal efecto todo individuo o entidad que quiera llevar a cabo cualquiera de tales actividades, deberá presentar a la oficina recaudadora respectiva las boletas y tiquetes que vayan a emplearse en cada ocasión, con el talonario correspondiente y numeradas en serie continua, con el objeto de que sean selladas y registradas en un libro especial ... (art. 20)". Si efectuada la apuesta, quiniela o remate, no se hubieren vendido todas las boletas o tiquetes, estos deberán exhibirse con la respectiva planilla, con el objeto de que se liquide el impuesto sobre lo efectivamente vendido.

9.) El decreto 57 de 1969, reglamentario de la ley 33 de 1968, determinó en su artículo 7o. que "... el Distrito Especial de Bogotá- en la actualidad Distrito Capital- y los municipios que se beneficiarán con la cesión de los impuestos aludidos organizarán su administración y recaudo de tal forma que las tarifas sean las mismas actuales y que los procedimientos para percibirlos se cifian a las leyes y decretos que los crearon y reglamentaron...".

10.) De todo lo anterior se concluye, que el impuesto sobre el valor de las boletas o tiquetes de apuesta de toda clase de juegos permitidos, cedido por la Nación a los Municipios y al Distrito Capital, tiene el carácter de renta sin destinación específica porque aunque la finalidad inicial para la cual se creó era el servicio de la deuda por los gastos de la guerra con el Perú, al ser restablecido en el año de 1946 no se le dió destinación específica.

11.) De otra parte, la ley 10 de 1990, determina que el servicio público de salud será de cargo de la Nación que para obtener ingresos explotará como monopolio todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes a las loterías y apuestas permanentes existentes (art. 1o. y 42 ley 10 de 1990).

12.) De manera que las rentas obtenidas por la Nación en razón de la explotación de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, se deben destinar al sector salud (Art. 336, inciso 4o. de la Constitución Nacional). Y el impuesto creado sobre el valor de las boletas o tiquetes de apuestas de toda clase, constituye una renta de los municipios beneficiados y del Distrito Capital, sin destinación específica.

13.) De todo lo anterior se deduce, que el tributo mencionado está vigente y es de propiedad exclusiva de las entidades territoriales mencionadas y, por lo mismo, es a los Concejos de estas entidades a los que corresponde regular lo concerniente a este gravamen (art. 338 C.N.).

SALA DE CONSULTA

De manera que, mientras los municipios no exoneren del impuesto mencionado a ECOSALUD, ese gravámen se seguirá causando y deberá ser pagado a los municipios beneficiados y al Distrito Capital.

14.) Finalmente, cabe anotar, que si las entidades de derecho público, por regla general, también suelen ser sujetos pasivos de impuesto, con mayor razón una sociedad comercial, asimilada a Empresa Industrial y Comercial del Estado, que administra un monopolio rentístico, como es el caso a estudio.

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala absuelve el interrogante formulado por el Ministerio de Gobierno, en los siguientes términos:

Los juegos de suerte y azar, a que se refiere el artículo 42 de la ley 10 de 1990, son parte de los juegos permitidos en el País, y por ese motivo están sometidos al impuesto previsto por el ordinal 1o. del artículo 7o., de la ley 12 de 1932 y las demás normas que la modifican y la complementan, dicho Impuesto por disposición de la ley 33 de 1968 fué cedido a los municipios y al Distrito Capital, que son los actuales sujetos activos del mismo y está a cargo de Ecosalud como sujeto pasivo del gravamen.

Nada obsta a lo expuesto que los Municipios y el Distrito Capital de Bogotá, de acuerdo con la Constitución (artículos 236 y 237), reciban fondos por concepto de transferencias de la Nación destinados a la salud o a gastos generales de esas entidades: de todos modos el impuesto de que se trata incrementa los ingresos generales de los municipios y del Distrito Capital de Bogotá.

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

Humberto Mora Osejo, Presidente de la sala; *Javier Henao Hidrón*, *Jaime Betancur Cuartas*, *Roberto Suárez Franco*.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la sala.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Consulta sobre el impuesto municipal a juegos “de suerte y azar” - Radicación número 495

Los suscritos Consejeros, respetuosamente exponemos los hechos y razones que sirven de fundamento a nuestro salvamento de voto :

1. La ley 12 de 1932 creó con carácter transitorio, un impuesto nacional del diez por ciento (10%) sobre cada boleta o tiquete de apuesta en toda clase de juegos permitidos, cuyo producto sería destinado a atender los gastos generales que ocasionara la guerra con el Perú.

Dicho impuesto fue restablecido, ya con carácter permanente por la ley 69 de 1946 y cedido por la Nación a los municipios por disposición de la ley 33 de 1968, con vigencia a partir del 1o. de enero de 1969.

Tales normas fueron incorporadas por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades extraordinarias, en el Código de Régimen Municipal, al expedir esta codificación mediante el decreto ley 1333 de 1986, según consta en sus artículos 227 y 228, de conformidad con los cuales es propiedad exclusiva de los municipios el impuesto del 10% del valor de cada boleta o tiquete de apuestas en toda clase de juegos permitidos a que se refieren las leyes 12 de 1932 y 69 de 1946. De este modo, corresponde a los municipios organizar y asumir la administración y recaudo del impuesto, con las tarifas y bases normativas en vigencia.

2. Los particulares, que eran el sujeto pasivo del impuesto municipal del 10% sobre el valor de cada boleta o tiquete de apuestas en los juegos permitidos, dejaron de serlo cuando el Congreso de la República decidió que dichos juegos

SALA DE CONSULTA

serían tratados en lo sucesivo como un monopolio rentístico de la Nación. La ley 10 de 1990, en efecto, dispuso:

ART.42.- Declárase como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica en beneficio del sector salud, de todas las modalidades de juegos de suerte o azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes.

Con el propósito, además, de organizar la explotación y administración de dicho monopolio rentístico, el legislador autorizó la constitución de una sociedad de capital público, cuyos socios serían la Nación y las entidades territoriales o sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes. (*Ibidem*, art.43). Tal sociedad se denomina hoy en día, Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A.(ECOSALUD), conforme al decreto 271 de enero de 1991, por el cual se aprobaron sus estatutos.

El art.43 de la ley 10 de 1990, para los efectos en él previstos, estableció que “los costos y gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad no podrán ser superiores al 15% de las ventas netas”, de donde se deduce que el propio legislador definió el procedimiento para determinar las eventuales utilidades de la empresa (hoy ECOSALUD S.A.), fijando con antelación un tope equivalente al 15% de las ventas netas, para los “costos y gastos” previstos en la ley. Esta restricción impone a la sociedad administradora del arbitrio rentístico una especie de camisa de fuerza de tal naturaleza que, en el caso de que los costos y gastos excedan el límite indicado o se destinen a objetos distintos de los legalmente autorizados, se incurrirá en una infracción a la ley, con sus consiguientes consecuencias.

Es obvio, además, que un exceso en los gastos y costos irá en detrimento de las utilidades, circunstancia que repercutirá en perjuicio de la prestación adecuada de los servicios de salud.

Más todavía : el inciso -tercero del art. 43 de la ley 10 de 1990 contiene los porcentajes que deben seguirse para la distribución de utilidades de la Empresa en los términos siguientes:

“A.-10% para el pago de prestaciones sociales de los trabajadores de la salud, en la forma y la destinación específica en que lo determine el Ministerio de Salud, durante los primeros cinco años de funcionamiento de la sociedad;

“B.-40% para distribuir entre los municipios, en proporción directa a las ventas que se ejecuten en su territorio, que se elevará al 50% una vez transcurridos los cinco años previstos en el numeral anterior.

“C.- 50% como mínimo, para distribuir entre todos los municipios del país, en proporción directa a su población, y en proporción inversa a su desarrollo socio-económico, según fórmula aprobada por su junta directiva”.

Como puede apreciarse, un noventa por ciento (90%) de las utilidades se destinan para los municipios del país : un 40% en proporción directa a las ventas y un 50% de acuerdo a factores de población y desarrollo. Y todo con destino al sector de la salud, que hoy en día presta un servicio público fundamental.

Por ninguna parte, ni en el rubro de costos y gastos, ni en el renglón de las utilidades, estuvo en la mente del legislador de 1990, al expedir la ley 42, la incidencia de tributos de entidades territoriales que pudieran afectar aquéllos o éstas y, por consiguiente, las rentas destinadas a salud pública.

3. Admitir la vigencia del impuesto municipal sobre juegos de suerte y azar, creado con muchos años de anterioridad a la expedición de la ley 10 de 1990 y en otras circunstancias, conduce a afectar el costo del monopolio en detrimento de las rentas; a aceptar que tal tributo pueda incrementarse, en unos municipios más que en otros, lo que en la práctica suele perjudicar a los de menor desarrollo y capacidad económica (precisamente cuando el legislador de 1990 ha dispuesto lo contrario); y a considerar legal y equitativo que el producto de ese impuesto pueda ingresar a fondos comunes y ser destinado a servicios distintos al de salud.

Si todos los municipios se deben beneficiar con las rentas provenientes de juegos de suerte y azar obtenidos a través de ECOSALUD, no parece lógico que los mismos municipios estén cobrando impuestos sobre boletas y cupones que ofrezcan participación en tales juegos y, simultáneamente, pretendan una participación en las utilidades.

4. La ley 10 de 1990, en su art.42 precitado, fundamentalmente introdujo los siguientes cambios en las diversas modalidades de los juegos de suerte y azar:

a. Que tales juegos, con excepción de las loterías y apuestas permanentes existentes, pasaban a ser un monopolio de la Nación, con el carácter de arbitrio rentístico.

b. Que la Nación, en la explotación del monopolio, solamente podrá destinar sus rentas en beneficio del sector salud.

SALA DE CONSULTA

5. La Constitución de 1991 fue enfática al disponer:

ART.336.- Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud.(Inciso cuarto) .

El constituyente quiso, además, proteger especialmente dichas rentas y su exclusiva destinación para el sector de la salud, y por ello agregó:

La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley. (*Ibidem*, inciso sexto).

6. La Nación, por voluntad del legislador de 1990 (ley 10, art.42), es la propietaria de un monopolio rentístico sobre toda clase de juegos de suerte y azar (distintos de las loterías departamentales y de las llamadas “apuestas permanentes” o juego de chance), rentas que la Nación debe destinar necesaria y exclusivamente, por mandato constitucional, a inversión en el servicio público de la salud. Esta inversión es considerada por la misma Constitución como gasto público social, con lo cual se le otorga prelación sobre otros gastos, en asocio con la educación, el saneamiento ambiental y el agua potable. (*Ibidem*, art. 366).

Gravar el producido de los juegos permitidos o de suerte y azar, que es propiedad de la Nación y le pertenece a esta persona jurídica de derecho público como consecuencia directa de la explotación de un monopolio, con un impuesto municipal, sería tanto como admitir, por una parte, que tales rentas de la Nación pueden ser sujeto pasivo de tributos en favor de otros niveles del Estado (departamentos, distritos y municipios) y, por otra parte, que las mismas rentas pueden ser destinadas a satisfacer gastos distintos a los que corresponden al sector de la salud, pues en esta última hipótesis los dineros provenientes del impuesto ingresarían a fondos comunes del presupuesto departamental o municipal y podrían orientarse, por ejemplo, hacia gastos de funcionamiento.

Solución en sentido contrario estaría desconociendo la calidad de arbitrio rentístico que tiene la Nación sobre juegos de suerte y azar, el cual excluye la intromisión de toda otra persona natural o jurídica; y podría llegar a hacer ilusoria la voluntad del constituyente de invertir el producto del monopolio, únicamente en el sector de la salud.

La conclusión se impone: el impuesto municipal sobre juegos de suerte y azar, cuyo fundamento jurídico es la ley 33 de 1968 y sus antecedentes son las leyes 12 de 1932 y 69 de 1946, perdió vigencia al ser declarada la explotación

de tales juegos como un monopolio rentístico de la Nación y destinarse su producido, con exclusividad, al sector de la salud.

Es cierto que la intención del constituyente de 1991 es de fortalecimiento de los fiscos de las entidades territoriales. Pero esta verdad no tiene relación causal con el hecho de que con anterioridad, el Congreso de la República hubiera adoptado la decisión de dar un tratamiento jurídico diferente a la explotación de juegos permitidos, cuyas utilidades pasaron a ser rentas nacionales de destinación especial o específica, con lo cual escapan a la imposición de eventuales gravámenes por parte de aquellas entidades territoriales.

Por consiguiente, consideramos equivocado sostener con respecto a rentas con tales características :

a. Que es “a los Concejos municipales a los que corresponde regular lo concerniente a este gravámen”.(Numeral 13 de la respuesta). Y,

b. Que “si las entidades de derecho público, por regla general, también suelen ser sujetos pasivos de impuesto, con mayor razón una sociedad comercial...” (numeral 14), porque esta-se refieren a ECOSALUD- no solamente administra un monopolio rentístico a nombre de la Nación y con destinación para el sector de la salud, sino que gravar sus ingresos equivale a gravar rentas de la Nación y desviarlas, así sea parcialmente, hacia otros objetivos.

Las características de que está revestido por ley el mencionado monopolio, la voluntad del constituyente de destinar su producido exclusivamente al sector de la salud y la separación de patrimonios entre los diversos niveles del Estado, son principios fundamentales que impiden sostener que el gravamen municipal a los juegos permitidos mantiene su vigencia.

Roberto Suárez Franco, Javier Henao Hidrón.

Bogotá, 29 de marzo de 1993.

Autorizada la publicación con oficio 129 del 5 de abril de 1993.

**HIDROCARBUROS - Distribución / MULTAS / SANCIONES /
MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA - Facultades.**

El Ministerio de Minas y Energía, tiene entre otras, la atribución de controlar y vigilar los establecimientos que realicen actividades tendientes a comercializar y distribuir el gas licuado de petróleo, lo que significa que esta entidad puede establecer y aplicar sanciones a quienes incumplan las normas legales y reglamentarias que regulan la materia. De manera que el Ministerio de Minas y Energía es competente para modificar la Resolución 578 de 1975 e incrementar las multas dispuestas por el art. 28, letra a), en la cuantía que considere pertinente. El art. 67 del Código de Petróleos no es aplicable al caso materia de la consulta, porque regula lo relativo a las sanciones administrativa por el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en dicho Código.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.

Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciseis (16) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Radicación No. 505. Consulta sobre multas y sanciones por infracción a las normas que regulan la prestación de servicio público a domicilio de gas licuado del petróleo.

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

“De conformidad con lo dispuesto por el artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, comedidamente solicito a esa Honorable Corporación

absolver la consulta que, previas las siguientes consideraciones, se ha estimado necesario formular:

1. Que el artículo 212 del Decreto 1056 de 1953, Código de Petróleos, consagra: "Como el transporte y la distribución del petróleo y sus derivados constituyen un servicio público, las personas o entidades dedicadas a esa un servicio público, las personas o entidades dedicadas a esa actividad deberán ejercitarla de conformidad con los reglamentos que dicte el Gobierno en guarda de los intereses generales.

2. Que el artículo 67 del mismo Código de Petróleos, modificado por el artículo 21 de la Ley 10a. de 1961, señala que el Gobierno podrá imponer administrativamente multas hasta de cinco mil dólares (US\$ 5.000,00) en cada caso, para penar el incumplimiento de las obligaciones establecidas en ese Código.

3. Que el Ministerio de Minas y Energía invocando el Decreto 636 de 1974, modificado por la Ley 1a. de 1984, y éste a su vez derogado por el Decreto 2119 de 1992, dictó la resolución No.578 de 1975, "Por la cual se dictan normas de seguridad sobre la distribución y el mantenimiento del equipo utilizado para el almacenamiento de Gas Licuado del Petróleo (G.L.P.), para uso doméstico.

4. Que la resolución No. 578 de 1975, Capítulo IV, artículo 28 consagra las sanciones a aplicar como resultado de la violación de las disposiciones de la misma.

5. Que las sanciones señaladas en el citado artículo 28 de la resolución No.578 de 1975, van desde multas de hasta cinco mil pesos (\$5.000,00) cada una, hasta la cancelación del cupo y de la correspondiente licencia de funcionamiento.

6. Que las multas del artículo 28 arriba citadas, resultan irrisorias en la actualidad, y la suspensión o cancelación del cupo de Gas Licuado del Petróleo (G.L.P.) y de las licencias de funcionamiento, acarrearían un grave problema de índole social pues se estaría interrumpiendo la adecuada prestación del servicio público de Gas Licuado del Petróleo (G.L.P.) a domicilio.

7. Que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en providencia de septiembre 5 de 1991, al revisar un contrato de concesión para la construcción, operación y mantenimiento de un gasoducto señala: "... La Sala observa que la consignación efectuada por el contratista en el Banco de la República por la suma de \$25.000,00, con el objeto de garantizar el cumplimiento

SALA DE CONSULTA

de las obligaciones contractuales, es una cantidad insuficiente que no concuerda con la importancia y el valor del contrato garantizado, pues proviene de una disposición del Código de Petróleos (art. 13), que fue expedido por el Decreto Ley 1056 de 1953, aplicable en este caso, por remisión expresa del artículo 11 del Decreto 609 de 1990. La equidad que está contemplada expresamente en el artículo 230, inciso 2o. de la Constitución, es un criterio fundamental de interpretación de las leyes y decretos y de la actividad judicial. De manera que la Sala considera necesario que la suma mencionada sea actualizada tomando en cuenta el incremento que por corrección monetaria haya tenido esa cantidad, de conformidad con lo establecido por la Superintendencia Bancaria”.

Se consulta:

De conformidad con las anteriores consideraciones, y habida cuenta de las continuas infracciones a las normas que regulan la prestación del servicio público a domicilio de Gas Licuado del Petróleo (G.L.P.), y lo inconveniente de sancionar dichas infracciones con la cancelación de cupos y licencias por la grave situación social que generaría, ¿ Sería posible actualizar la suma consagrada como multa por el artículo 28 de la resolución 578 de 1975, tomando en cuenta el incremento que por corrección monetaria haya tenido esa cantidad, de acuerdo con lo establecido por la Superintendencia Bancaria, tal y como se hizo con las cauciones para los contratos de concesión para la construcción, operación y mantenimiento de gasoductos?, ó ¿ De no ser posible la actualización de dicha suma, debería aplicarse el artículo 67 del Código de Petróleos?”.

LA SALA CONSIDERA:

1) El artículo del decreto 1056 de 1953 (Código de Petróleos) prevé que sus disposiciones “se refieren a las mezclas naturales de hidrocarburos que se encuentran en la tierra, cualquiera que sea el estado físico de aquéllas, y que componen el petróleo crudo, lo acompañan o se derivan de él ”.

De esta norma se deduce que dicho Código se aplica, entre otros, a los asuntos relativos a los gases naturales, raros y líquidos de petróleo. Sin embargo, el artículo 67 *ibídem*, modificado por el artículo 21 de la Ley 10 de 1961, que faculta al Gobierno para imponer sanciones administrativas por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el mencionado Código, no se aplica a las infracciones de las normas de comercialización, transporte y distribución de gas licuado de petróleo porque ellas no están determinadas ni señaladas en él, sino en normas posteriores que no forman parte de este Código.

De manera que el capítulo XI del Decreto 1056 de 1953 (Código de Petróleos), relativo a sanciones y caducidad de los contratos, no se aplica a las licencias de comercialización, transporte y distribución de gas licuado de petróleo.

2°) El Decreto 636 de 1974 y la Ley 1a. de 1984 facultaron al Ministerio de Minas y Energía para dictar los reglamentos y hacer cumplir las disposiciones constitucionales y legales relativas a la exploración, explotación, transporte, refinación, distribución, procesamiento y comercialización de los recursos naturales no renovables, incluidos los gases.

Con fundamento en estas atribuciones el Ministerio de Minas y Energía ha ejercido vigilancia y control sobre las actividades de comercialización, transporte y distribución de gas licuado de petróleo.

3°) El Decreto-ley 2119 de 1992 reiteró las mencionadas atribuciones en forma general al indicado Ministerio y el artículo 35, número 1, atribuye a la Subdirección de refinación, transporte y distribución la facultad de “ejercer vigilancia técnica y administrativa de la industria de hidrocarburos en sus ramas de refinación, transporte y distribución para asegurar el estricto cumplimiento de los reglamentos y normas que la regulan”. Además, el artículo 35, número 6, *ibídem*, dispone que esa Subdirección debe ejercer “la vigilancia técnica del comercio de los combustibles líquidos derivados del petróleo, del gas propano y del gas natural en sus ramos de almacenamiento, envase, manejo, transporte y distribución, y aprobar las licencias de funcionamiento de los establecimientos dedicados al comercio de estos productos”.

4°) De las transcritas disposiciones se deduce claramente que el Ministerio de Minas y Energía tiene, entre otras, la atribución de controlar y vigilar los establecimientos que realicen actividades tendientes a comercializar y distribuir el gas líquido de petróleo, lo que implica que esta entidad puede establecer y aplicar sanciones a quienes incumplan las normas legales y reglamentarias que regulan la materia.

De manera que el Ministerio de Minas y Energía es competente para modificar la Resolución 578 de 1975 e incrementar las multas dispuestas por el artículo 28, letra a), en la cuantía que considere pertinente.

Con fundamento en lo expuesto la Sala responde:

1°) Como la Resolución 578 de 1975 es un acto administrativo general, expedido por el Ministerio de Minas y Energía, puede ser modificado por esta misma entidad, mediante otro acto administrativo dictado con fundamento en el Decreto-ley 2119 de 1992.

SALA DE CONSULTA

2°) El artículo 67 del Código de Petróleos no es aplicable al caso materia de la consulta, porque regula lo relativo a las sanciones administrativas por el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en dicho Código.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Minas y Energía y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; Javier Henao Hidrón, Jaime Betancur Cuartas, Roberto Suárez Franco.

Elizabeth Castro R., Secretaria.

Autorizada la publicación con oficio No 32671 del 28 de abril de 1993.

**AUXILIOS - Improcedencia / INDERENA / FONDO DE
EMPLEADOS / CORVINDE**

No es jurídicamente viable que el INDERENA, continúe girando al Fondo de Empleados CORVINDE, los aportes establecidos en la Resolución 733 de 4 de agosto de 1972, y en los Estatutos del Fondo”, por cuanto ellos constituyen auxilio donación. Dichos aportes tampoco se enmarcan en ninguna de las previsiones del art. 2o. del decreto 777 de 1.992. CORVINDE es una entidad sin ánimo de lucro y de derecho privado que recibe los aportes con la finalidad de incrementar su patrimonio y de este modo estar en condiciones de cumplir en forma más eficiente los objetivos determinados en sus propias normas estatutarias. Ciertamente es aplicable a los aportes del INDERENA a CORVINDE tal como están concebidos, la prohibición establecida en el inciso primero del art. 355 de la Constitución vigente desde el 7 de julio de 1991. Además, el INDERENA como establecimiento público Nacional no puede celebrar los contratos de presta prestación de servicios de que trata el numeral 2o. del art. 355 de la Constitución.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.

Santa Fe de Bogotá, D.C., abril veintidos (22) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Javier Henao Hidrón*

Referencia: Consulta sobre la constitucionalidad de los aportes del INDERENA al Fondo de Empleados del Inderena CORVINDE. Radicación número 504.

SALA DE CONSULTA

El señor Ministro de Agricultura, después de hacer algunas explicaciones acerca de la naturaleza jurídica del Instituto Colombiano de los Recursos Naturales no Renovables y del Ambiente -INDERENA (establecimiento público del orden nacional, creado por el decreto 2420 de 1968 y adscrito al Ministerio de Agricultura) y referirse a la creación y organización del Fondo de Empleados de dicho Instituto, que inicialmente se denominó Corporación de Vivienda y Crédito de los Empleados de Inderena-CORVINDE, formula a la Sala los siguientes interrogantes:

1. Podría el INDERENA continuar girando al Fondo de empleados CORVINDE, los aportes establecidos en la Resolución No.733 del 4 de agosto de 1972 y en los Estatutos del Fondo, en la medida que dichos aportes no constituyen auxilio o donación y sí se enmarcarían en alguna de las excepciones del artículo 2o.del Decreto 777 de 1992?

2. En caso contrario, sería aplicable a los aportes del INDERENA a CORVINDE, la prohibición establecida en el inciso primero del artículo 355 de la Constitución de 1991?

LA SALA CONSIDERA:

1. **EL INDERENA y CORVINDE.-** En los estatutos Iniciales de la Corporación de Vivienda y Crédito de los Empleados de Inderena-CORVINDE, que datan del año 1970, se dispuso que la Corporación figurará como persona jurídica de carácter privado (art. 1o.); que tendrá domicilio en Bogotá pero podrá extender tanto sus actividades como beneficios a todos los lugares del territorio nacional en donde presten sus servicios empleados del INDERENA (art. 2o.); que el objeto social consiste en estrechar entre sus asociados los vínculos de solidaridad y compañerismo y propender al mejoramiento social y económico de los mismos mediante la Financiación o suministro de vivienda para los socios, la concesión y otorgamiento de préstamos en general, la prestación de servicios de índole social que busquen el mejoramiento del nivel de vida de sus asociados (art. 3o.); que el capital está constituido, entre otros factores, "con los aportes que haga el Instituto a la Corporación para abonar a la cuenta de los socios" (art. 6o. literal d.); que podrán ser miembros o socios de la Corporación todos los trabajadores de] INDERENA que tengan por lo menos 18 años de edad (art. 21) y que, en caso de liquidación, el remanente de los bienes se entregará a la entidad sin ánimo de lucro que señale la Asamblea de Delegados o, en su defecto, la Junta Directiva de la Corporación (art. 77).

Dichos estatutos fueron aprobados y reconocida la personería jurídica a CORVINDE, mediante la resolución número 1918 de 19 de junio de 1970, expedida por el Ministro de Justicia.

La junta directiva del INDERENA autorizó, especialmente con destino al plan de vivienda, un aporte del Instituto a CORVINDE, equivalente al 2.5% del sueldo mensual de cada socio para ser abonado a su cuenta de capital (Acta número 023 de 5 de agosto de 1970), porcentaje que posteriormente fue aumentado al 5% del valor de la nómina mensual (Acta número 4 de 20 de abril de 1972).

El Gerente General del INDERENA, por medio de la resolución 733 de 4 de agosto de 1972, reglamentó la destinación de los aportes mencionados y en su art. 3o. dispuso : “Todos los aportes hechos por el INDERENA, serán destinados exclusivamente a Financiación de vivienda sin que puedan ser retirados por los socios hasta el momento de su retiro definitivo del INDERENA”.

2. CORVINDE se convierte en Fondo de Empleados.- El Gobierno Nacional, con fundamento en las facultades extraordinarias que le confirió el Congreso de la República en el art. 31 de la ley 79 de 1988, expidió el decreto 1481 de 1989, “por el cual se determinan la naturaleza, características, constitución, regímenes internos de responsabilidad y sanciones, y se dictan medidas para el fomento de los fondos de empleados”.

En el citado decreto, los fondos de empleados son definidos como “empresas asociativas, de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas por trabajadores dependientes” de instituciones públicas o privadas, y entre sus características se menciona la de prestar servicios en beneficio de sus asociados”, la de “destinar sus excedentes a la prestación de servicios de carácter social y al Incremento de sus reservas y fondos”, y la de “establecer la irrepartibilidad de las reservas sociales y, en caso , de liquidación, la del incremento patrimonial”.

Con apoyo en las disposiciones mencionadas, los asociados a CORVINDE decidieron transformar la Corporación en un fondo de empleados con la razón social FONDO DE EMPLEADOS DEL INDERENA “CORVINDE”, es decir, en una entidad de derecho privado, sin ánimo de lucro y de interés social, que se registró por el decreto-ley 1481 de 1989 y por sus estatutos. Estos últimos, que datan de 27 de marzo de 1990, fueron aprobados por el Departamento Nacional de Cooperativas-DANCOOP, mediante la resolución 2858 de 13 de septiembre del mismo año.

De conformidad con dichos estatutos, para ser asociado del Fondo se exige, entre otros requisitos, "ser empleado o trabajador del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente INDERENA, del Proyecto Carare Opón, del Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura “INPA” (art. 10); sus objetivos consisten en fomentar y captar el ahorro de sus asociados, en proveer crédito a sus asociados, en prestar servicio de previsión, protección

SALA DE CONSULTA

y bienestar social a sus asociados, en fomentar la educación cooperativa y general, y en fomentar los lazos de solidaridad y ayuda mutua entre sus asociados "(art. 6o.); y en cuanto al patrimonio, éste tiene su origen no solamente en "los aportes sociales e individuales de los asociados" sino también en "los aportes que haga el INDERENA y las entidades contempladas en el art.10 del 5% de la nómina mensual", etc., según el art. 31.

3. La relación laboral entre el Estado y sus servidores.-

Tradicionalmente, la relación laboral con sus servidores, implica para el Estado el reconocimiento en favor de aquéllos, de sueldo y prestaciones sociales.

En consideración a la división establecida por el decreto 3135 de 1968 entre empleados públicos y trabajadores oficiales (éstos últimos vinculados mediante contrato de trabajo), el decreto-ley 1045 de 1978, "por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional", expresamente dispuso que las entidades que conforman la Administración Pública del orden nacional, o sea: la Presidencia de la República, los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales, reconocerán y pagarán a sus empleados públicos **únicamente** las prestaciones sociales establecidas por la ley; y a sus trabajadores oficiales, además de éstas, las que se fijen en pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales celebrados o proferidos de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia. (*Ibidem*, art. 3o. inciso primero). Y agregó :

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. (*Ibidem*, inciso segundo).

Más recientemente, un nuevo régimen, el de **honorarios**, adquirió rango constitucional para establecer la relación laboral del Estado con una clase especial de servidores que, sin ser empleados o funcionarios públicos, han sido elegidos por voto popular para desempeñarse como miembros de las corporaciones administrativas de los departamentos y municipios, con el nombre de diputados y concejales. (Constitución Política, arts. 299 y 312).

4. La Constitución de 1991 y la prohibición a las ramas u órganos del poder público de decretar auxilios o donaciones en favor de personas

naturales o jurídicas de derecho privado.

Como consecuencia del descrédito generalizado a que habían llegado los llamados “auxilios parlamentarios” y su réplica en asambleas departamentales y concejos municipales, pues a menudo eran utilizados con fines meramente político partidistas, la Asamblea Nacional Constituyente reaccionó de manera vigorosa al prescribir en el inciso primero del art. 355 de la Constitución que ella misma expidió el 4 de julio de 1991:

Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

Y en el inciso segundo del mismo artículo, dispuso:

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida Idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

En desarrollo de la facultad conferida, el Gobierno Nacional expidió el decreto 777 de 1992, “por el cual se reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del art. 355 de la Constitución Política”. En el art. 2o., el decreto reglamentario considera que de su ámbito de aplicación están excluidos estos cuatro casos:

Los contratos que las entidades públicas celebren con entidades sin ánimo de lucro y que impliquen una **contraprestación directa** a favor de la entidad pública, de modo que podrían celebrarse con personas privadas sin ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes; las **transferencias** del presupuesto público a favor de personas de derecho privado, **en cumplimiento de un mandato legal** y para que desarrollen funciones públicas o suministren servicios públicos cuya prestación está a cargo del Estado; las apropiaciones presupuestales decretadas a favor de **personas jurídicas creadas por varias entidades públicas** y en cuyos órganos directivos esté representada la respectiva entidad pública; y las **transferencias** que realiza el Estado a personas naturales en cumplimiento de las **obligaciones de asistencia o subsidio** previstas expresamente en la Constitución. Este último asunto lo refiere a los arts. 43, 44, 46, 50, 368 y transitorios 13 y 46, los cuales tratan respectivamente de los siguientes aspectos: La especial asistencia y protección a la mujer durante el embarazo y después del parto y al apoyo especial a la mujer cabeza de familia; la protección a los niños y el derecho a “la alimentación

SALA DE CONSULTA

equilibrada”; la garantía de los servicios de seguridad social y el subsidio alimentario en caso de indigencia, por parte del Estado, a las personas de la tercera edad; la atención gratuita a todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, en las instituciones de salud “que reciban aportes del Estado”; el subsidio a personas de menores ingresos para que puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas; la reinserción de grupos guerrilleros desmovilizados y la financiación de proyectos de apoyo a los sectores más vulnerables de la población por medio de un fondo de solidaridad y emergencia social.

5. El concepto de auxilios y donaciones.- El vocablo auxilio es sinónimo de ayuda, socorro, amparo y en el lenguaje constitucional se refiere a los pagos que decretados por ley o acto administrativo, con dineros provenientes del tesoro público se hacen a título gratuito a personas naturales o jurídicas de derecho privado. En la Constitución anterior, dichos pagos solamente podían ser autorizados por el legislador, eran concebidos como parte de una política de fomento a empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo y debían sujetarse a los planes y programas correspondientes.

En cuanto al vocablo donación (donación entre vivos), es definido por el Código Civil como “un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta” (art. 1443). Por su parte, el profesor Miguel Moreno Jaramillo concibe la donación como un contrato en que una de las partes se obliga a dar gratuitamente una cosa a la otra, sin que ésta se obligue a ninguna contraprestación.

De manera que ninguna corporación o autoridad pública puede, conforme al precepto constitucional del inciso primero del art.355, decretar auxilios, o donaciones, es decir, ni hacer un auxilio con dineros del Erario ni celebrar contrato alguno que implique la donación de bienes o fondos públicos, en ambos casos a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

Enmarcados en planes y programas de desarrollo y conforme a precisas finalidades de estímulo y apoyo a la actividad particular -aquella que cumple labores complementarias del Estado en la vida social, los aportes oficiales hubieran podido ser Instrumentos jurídicos Idóneos para impulsar una política de fomento, tan vinculada por lo demás a la razón de ser del Estado. Pero quedaron vedados en su modalidad de auxilios o donaciones, en virtud de la norma constitucional en referencia y por causa del mal uso que hizo de los mismos en los años anteriores a la expedición de la Carta Política de 1991.

Sin embargo, la política de fomento por parte del Estado a la actividad particular no desaparece sino que adquiere un nuevo sentido y tiene una nueva

dimensión. En efecto, sin acudir propiamente a auxilios ni donaciones, actos de mera liberalidad y que sólo en ocasiones suelen cumplir los objetivos que mediante ellos se propuso la entidad pública, el Estado puede celebrar contratos con **entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad** con el fin de impulsar programas y actividades de Interés público, con sujeción al inciso segundo del art. 355 de la Constitución y al decreto 777 de 1992.

6. Los aportes del Inderena a Corvinde.- Siendo el Fondo de empleados del Inderena-CORVINDE, de acuerdo con el decreto-ley 1481 de 1989 y sus estatutos, una entidad sin ánimo de lucro y de derecho privado, no puede recibir del INDERENA ni auxilios ni donaciones.

Las apropiaciones presupuestales a su favor, autorizadas por la junta directiva del INDERENA y vigentes a partir del 1.º de enero de 1971, consistieron primero en el 2.5% del sueldo mensual de cada socio “para ser abonado a su cuenta de capital” y luego en el 5% de la nómina mensual, dineros que por resolución subsiguiente de la gerencia general - la número 733 de 1972- debían destinarse a financiación de vivienda. Este preciso objetivo, convertida la Corporación de Vivienda y Crédito en un Fondo de Empleados, no aparece expresamente enunciado en el art. 60. de sus estatutos, en donde se enumeran los “objetivos del Fondo”, que son el ahorro y el crédito, el fomento de la educación, el fortalecimiento de lazos de solidaridad y ayuda mutua entre sus asociados, y la prestación de servicios de previsión, protección y bienestar social a sus asociados. De manera que los dineros con que contribuye el Inderena, en su condición de establecimiento público del orden nacional, ingresan al patrimonio del Fondo, el cual dispone de los mismos para el cumplimiento de los objetivos propios de su condición de empresa asociativa de derecho privado.

La Sala menciona el programa de vivienda, porque ésta podría tener una relación causal más precisa con los aportes presupuestales del Inderena al Fondo de Empleados y “el derecho a una vivienda digna” que establece el art. 51 de la nueva Constitución. Pero en todo caso, tales aportes, en su concepción tradicional, obedecen a la libre voluntad de la junta directiva del Inderena y no implican una verdadera contraprestación por parte de la entidad de derecho privado, por lo cual ésta no asume obligaciones específicas tendientes a “impulsar programas o actividades de interés público”, acordes con el respectivo plan de desarrollo, tal como lo exige la nueva Ley Fundamental en el inciso segundo de su art. 355.

Aún tratándose de obligaciones de carácter laboral (si se alegare la circunstancia de que los empleados y trabajadores del Inderena están asociados

SALA DE CONSULTA

al Fondo), las mismas habría que entenderlas entre la entidad pública y sus empleados y trabajadores, directamente, y no entre la entidad pública y otra de derecho privado, ambas con personería jurídica. Porque la contraprestación a cargo de una entidad pública, con fundamento en la relación laboral, se rige en materia prestacional por el decreto-ley 1045 de 1978 y conforme a su art. 3o. solamente los trabajadores oficiales (el adverbio excluye a los empleados públicos) podrán convenir con la entidad pública el reconocimiento de prestaciones adicionales a las establecidas en la ley, mediante pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales celebrados o proferidos de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia.

Tampoco puede tener ningún efecto jurídico vinculatorio para la entidad pública, la disposición contenida en los estatutos de una persona jurídica de derecho privado, según la cual el patrimonio de esta última estará conformado también por aportes de aquella, tal como ocurre con el art. 31 letra b. de los estatutos de CORVINDE.

Por lo demás, las atribuciones que surgen del inciso segundo del art. 355 de la Constitución, para celebrar contratos de prestación de servicios con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, están conferidas al Gobierno -en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal- y excluyen, por tanto, a sus entidades descentralizadas, entre las cuales es menester incluir a los establecimientos públicos. Y el Inderena es uno de ellos.

LA SALA RESPONDE:

1. No es jurídicamente viable que el INDERENA-continué girando al Fondo de Empleados CORVINDE, los aportes establecidos “en la Resolución No.733 de 4 de agosto de 1972 y en los Estatutos del Fondo”, por cuanto ellos constituyen auxilio o donación.

Dichos aportes tampoco se enmarcan en ninguna de las previsiones del art. 2o. del decreto 777 de 1992. CORVINDE es una entidad sin ánimo de lucro y de derecho privado que recibe los aportes con la finalidad de incrementar su patrimonio y de este modo estar en condiciones de cumplir en forma más eficiente los objetivos determinados en sus propias normas estatutarias.

2. Ciertamente es aplicable a los aportes del INDERENA a CORVINDE, tal como están concebidos, la prohibición establecida en el inciso primero del art. 355 de la Constitución vigente desde el 7 de julio de 1991.

Además, el INDERENA como establecimiento público Nacional no puede

celebrar los contratos de prestación de servicios de que trata el numeral 2o. del art.355 de la Constitución.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, al señor Ministro de Agricultura y al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón*, *Jaime Betancur Cuartas*, *Roberto Suárez Franco*.

Elizabeth Castro Reyes; Secretaria de la Sala.

CARRERA ADMINISTRATIVA / CALIFICACION DE SERVICIOS / PROYECTO / DECRETO

El proyecto de decreto está adecuado a las normas del decreto-ley 2400 de 1968 y artículo 3o. de la ley 61 de 1987 que reglamente, facilita el proceso de calificación sin menoscabo de los derechos legales de los funcionarios titulares de ellos, y bien claro queda la facultad de impugnación de los actos administrativos que consideren las estipulaciones legales mencionadas. Levantada la reserva el 26 de octubre de 1993.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.

Santa Fe Bogotá, D.E., veintidós (22) de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Consejero Ponente: *Dr Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Proyecto de Decreto Rad No. 204 "Por el cual se reglamenten el capítulo IV del título II del Decreto Extraordinario 2400 de 1968 y el artículo 3o. de la ley 61 de 1987".

El Doctor Joaquín Barreto Ruíz Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, somete a consideración de la Sala un Proyecto de Decreto, previas las siguientes consideraciones textuales:

El Gobierno estima que el régimen de calificación de servicios de los empleados públicos a quienes se aplica la ley 61, debe ser objeto de una nueva reglamentación si se tiene en cuenta, entre otras, las siguientes razones:

- a. El artículo 3o. de la ley de 1987, con el propósito de procurar una mayor eficiencia en la administración, disminuyó el número de calificaciones de

servicios no satisfactorias, requerido para que proceda la declaratoria de insubsistencia de los funcionarios inscritos en carrera administrativa.

b. Es indispensable hacer operante el sistema de calificación que, aunque bien intencionado, por la complejidad de sus procedimientos se ha convertido en un obstáculo para que los funcionarios ineficientes sean retirados del servicio, desvirtuándose así uno de los objetivos de la carrera consagrados en el artículo 40 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968. Por tal razón el proyecto del decreto agiliza el proceso de calificación, sin desconocer el derecho de los funcionarios a impugnar los actos de la administración.

c. Sólo en medida en que haya efectividad en el cumplimiento de las obligaciones y derechos recíprocos de la administración y sus servidores, se podrá lograr una más eficiente prestación de los servicios a cargo del Estado.

El proyecto deroga y sustituye en su totalidad la reglamentación que sobre esta misma materia trae el Capítulo VII del Título IX del citado Decreto 1950 de 1973, con el propósito de que la materia se encuentre compilada en un solo cuerpo normativo y facilitar así su consulta y aplicación.

LA SALA ANALIZA Y CONCEPTUA :

1. La Carrera Administrativa, según el artículo 40 del decreto-ley 2400 de 1968, que regula la administración de personal del orden nacional, dice que tiene por objeto mejorar la eficiencia de la administración y ofrecer a todos los colombianos igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la estabilidad en sus empleos y la posibilidad de ascender en la carrera conforme a las reglas que se señalan. Para alcanzar estos objetivos el ingreso, permanencia y acceso en los empleos que no sean de libre nombramiento y remoción se hará exclusivamente con base en el mérito, sin que en ellos la filiación política de una persona o consideraciones de otra índole puedan tener influjo alguno.

2. El mismo decreto, en el capítulo IV, del título II, sobre calificación de servicios, se establece que en el rendimiento, la calidad de trabajo y el comportamiento del empleado serán objeto de calificación periódica, de acuerdo con las normas que para tal efecto establezca el gobierno (art. 15). La calificación de los servicios se tendrá en cuenta para la concesión de estímulos de carácter moral o pecuniario; como factor para facilitar la participación del empleado en planes de perfeccionamiento en el país o fuera de él; en los programas de bienestar social; y en general, para los movimientos de personal en que la calificación sea pertinente (art. 16). Los empleados que de conformidad con el

SALA DE CONSULTA

reglamento estén en la obligación de calificar los servicios del personal que de ellos dependa, tendrá que cumplirla dentro de los períodos que se fijen. El incumplimiento de este deber será sancionado disciplinariamente.

3. La ley 61 de 1987 contiene normas sobre carrera Administrativa y se dictan otras disposiciones, y en el artículo 3o. prescribe que "El nombramiento del funcionario escalafonado en carrera deberá declararse insubsistente por la autoridad nominadora cuando dentro del mismo año calendario haya obtenido dos (2) calificaciones no satisfactorias de servicios.

"Cuando se trate de declarar la insubsistencia del nombramiento de un funcionario escalafonado deberá oírse previamente el concepto de la respectiva comisión de personal".

"La declaración de insubsistencia que con fundamento en ella se decreto deberá ser adoptado mediante providencia que procede el recurso de reposición en el efecto suspensivo, con el cual se entiende agotada la vía gubernativa".

4. El proyecto de decreto está adecuado a las normas de decreto-ley 2400 de 1968 y artículo 3o. de la ley 61 de 1987 que reglamenta, facilita el proceso de calificación sin menoscabo de los derechos legales de los funcionarios titulares de ellos, y bien claro queda la facultad de impugnación de los actos administrativos que consideren los vulneran. Hecha la verificación no se encuentra que rebase las estipulaciones legales mencionadas.

Por lo demás, se hace una transcripción de la reglamentación que sobre el mismo tema contiene el capítulo VII del título IX del decreto reglamentario 1950 de 1973, a manera de compilación y evitar dispersión de normas, por lo cual, el proyecto de decreto deroga las normas pertinentes de decreto en referencia.

5. Con base en lo anterior la sala emite concepto favorable acerca del proyecto de decreto "Por el cual se reglamenta el Capítulo 4o. del Título II del Decreto Extraordinario 2400 de 1968 y artículo 3o. de la ley 61 de 1987", con base en la facultad reglamentaria de las leyes que atribuye al Presidente de la República el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional.

Transcribese en copia autentica.

PASAN LAS FIRMAS

RAD. -204

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

LOTERIA / SORTEO EXTRAORDINARIO - Periodicidad

Como el estatuto de las loterías oficiales prevé que éstas pueden realizar un sorteo ordinario semanal y un solo sorteo extraordinario anual, los estatutos de la lotería de los nuevos departamentos deben someterse a estas previsiones y efectuar únicamente un sorteo extraordinario anual porque del decreto 2274 de 1991 así se deduce. Los sorteos ordinarios semanales y los extraordinarios deben realizarse conjuntamente, en consideración de que se trata de una sola lotería y, no existe otro régimen que regule de manera especial la materia.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y tres (1.993).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta formulada por el Ministro de Salud sobre el número de sorteos extraordinarios a que tiene derecho la lotería La Nueve Millonaria de la Nueva Colombia Ltda. Radicación: 507.

El señor Ministro de Salud ha formulado a la Sala la siguiente consulta.

“Cuantos Sorteos extraordinarios puede realizar la Lotería la Nueve Millonaria de la Nueva Colombia Ltda., en ejercicio de los derechos que le administra a los nuevos Departamentos en virtud del decreto 2274 de 1.991: dos (2), tres (3), nueve (9), u once (11). Con base en las consideraciones que se planteen a continuación:

1. El decreto No. 877 de 1.953 en su artículo 2o. dispone: “Ninguna lotería de Beneficencia puede efectuar mas de un sorteo extraordinario anual”.

2. La ley 14 de 1.963 en su artículo 8o.: **Facúltase a las Intendencias y Comisarías** para establecer individual o conjuntamente, según lo estime

mas conveniente el Gobierno Nacional, y con arreglo a las normas legales y reglamentarias, **loterías de un solo sorteo anual...**"

3. El decreto 766 de 1.964 dispone en su artículo 1o. Créanse loterías para cada una de las Intendencias y Comisarías, las cuales tendrán un solo sorteo anual..."...Parágrafo: Las loterías de las Intendencias y Comisarías funcionaran conjuntamente bajo el nombre de "Loterías de los Territorios Nacionales, y para tal fin podrán acumular el número de billetes en serie continua que legalmente correspondan a cada una de ellas..."

4. La ley 22 de 1.985 en su artículo 11 preceptúa: "La Lotería de Territorios Nacionales tendrá, dos (2) sorteos anuales.."

5. el Decreto 574 de 1.990 (declarado nulo en sentencia del 15 de Agosto de 1.991. Expediente 1483 de la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Honorable Consejo de Estado), en su artículo 1o. disponía: "El derecho de realizar dos (2) sorteos anuales, con premios en dinero, de que trata el artículo 11 de ley 22 de 1.985, corresponde a cada una de las Intendencias y Comisarías, cuyos derechos son adquiridos por la Lotería de los Territorios Nacionales conforme a lo previsto en el decreto 766 de 1974.

6. El decreto 2274 de 1.991 en su artículo 34 preceptúa:

"Los nuevos Departamentos se subrogan en los derechos sociales las antiguas Intendencias y Comisarías tenían en la lotería de los territorios, entidad que seguirá funcionando como una sociedad entre entidades públicas del orden Departamental..."

"... En dichos estatutos se podrá disponer además lo referente la realización de sorteos ordinarios que en tal caso se realizarán conjuntamente.."

Del análisis de las normas anteriormente transcritas, se desprenden las siguientes hipótesis:

a) La Lotería la Nueve Millonaria de la Nueva Colombia Ltda., tiene derecho únicamente a realizar dos sorteos extraordinarios, el decreto 877 de 1.953 consagra de manera perentoria, que es la lotería la que tiene derecho a explotar otro sorteo y no los Departamentos. Como la ley 22 de 1.985 le otorgó a la lotería de los Territorios Nacionales el derecho a realizar dos (2) sorteos anuales y el decreto 2274 de 1.991 subroga a favor de los Departamentos estos dos (2) sorteos, es por lo que se interpreta que son solo dos los sorteos extraordinarios que puede realizar la lotería la Nueve Millonaria de la Nueva Colombia Ltda.

SALA DE CONSULTA

b) La lotería la Nueva Millonaria de la Nueva Colombia Ltda., tiene derecho únicamente a realizar tres (3) sorteos Extraordinarios. Esta Interpretación encuentra respaldo en la subrogación que hace el decreto 2274 de 1.991 de los derechos que tenía Lotería de los Territorios Nacionales a realizar dos (2) sorteos (ley 22 de 1985) y, en la facultad que le da el decreto 877 de 1.953 a cada lotería para explotar un sorteo extraordinario.

En consecuencia, serían tres (3) los sorteos extraordinarios que tiene derecho a realizar la Lotería la Nueva Millonaria de la Nueva Colombia Ltda.

c) La Lotería La Nueva Millonaria de la Nueva Colombia Ltda., tiene derecho realizar nueve (9) sorteos extraordinarios. Sirva como fundamento el siguiente razonamiento:

La Lotería La Nueva Millonaria de la Nueva Colombia Ltda., esta conformada por nueve (9) Departamentos que subrogaron los derechos que en materia de loterías poseían las Intendencias y Comisarías (dcto. 2274 de 1.991 artículo 34).

Lo anterior si tenemos en cuenta lo preceptuado en el artículo 1o. del decreto 766 de 1.964 que crea loterías para cada una de las Intendencias y Comisarías. A continuación la misma norma legal señala que las loterías de las Intendencias y Comisarías funcionarán conjuntamente; porque se concluye que son nueve (9) los sorteos que puede realizar la lotería la Nueva Millonaria de la Nueva Colombia Ltda”.

d) La Lotería La Nueva Millonaria de la Nueva Colombia Ltda., tiene derecho únicamente a realizar once (11) sorteos extraordinarios.

Sirve como fundamento el siguiente razonamiento:

“Teniendo en cuenta que son nueve (9) las entidades territoriales asociadas forzosamente, se puede decir que son nueve (9) los derechos a realizar sorteos extraordinarios. Como se subrogaron dos (2) derechos a realizar dos sorteos extraordinarios, anteriores al totalizar podríamos concluir que son once (11) los sorteos que puede realizar la lotería la Nueva Millonaria de la Nueva Colombia Ltda.”

La Sala considera y responde:

1) Según la Ley 64 de 1.923 las loterías son de carácter departamental, excepcionalmente, por disposición de la ley 4a. de 1963, se podían establecer loterías en las Intendencias y Comisarías, norma derogada por la nueva

Constitución. De conformidad con el inciso 1o. del artículo 2o. del decreto 2067 de 1940 las loterías departamentales debe realizar un sorteo ordinario semanal por medio de billetes en serie continuada, cuya emisión debe someterse a la reglamentación vigente.

Fuera de los sorteos ordinarios, las loterías departamentales podrán realizar un sólo sorteo extraordinario anual, en las mismas condiciones señaladas los sorteos ordinarios (inciso 2o., artículo 2o. decreto 2067 de 1.940).

2) En las antiguas Intendencias y Comisarías se creó una lotería, que según la ley 22 de 1.985, podía realizar sólo dos sorteos al año, atendiendo en la emisión de billetes lo señalado en el decreto 2067 de 1940, y en las normas que lo modifican y complementan.

Estos dos sorteos anuales eran los únicos que efectuaba la lotería de las Intendencias y Comisarías porque estaba sometida a las disposiciones de un régimen especial. De este modo, dicha lotería no fue autorizada para llevar a como sorteos semanales como las loterías departamentales.

3) De conformidad con el artículo 309 de la Constitución Nacional, las Intendencias y Comisarías fueron erigidas en Departamentos; para permitir su debida organización y funcionamiento, el artículo transitorio 39 *ibidem*, otorgó al Presidente de la República facultades extraordinarias para expedir decretos con fuerza de ley. Con fundamento en esta atribución se dictó el decreto 2274 de 1991 que, entre otros aspectos dispuso en el artículo 34, que “los nuevos Departamentos **se subrogan en los derechos sociales** que las antiguas Intendencias y Comisarías tenían en la lotería de los Territorios Nacionales, entidad que seguirá funcionando como una sociedad entre entidades públicas del orden departamental. (declarado Constitucional, Sentencia Corte Constitucional - C-126/93).

“Los Gobernadores, como representantes legales de los nuevos Departamentos, en asamblea de accionistas, procederán a reformar los respectivos estatutos, **para adecuarlos a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias vigentes.**

“En dichos estatutos se podrá disponer lo referente a la realización de sorteos ordinarios, **que en tal caso se realizarán conjuntamente.**”

4) De otra parte, el artículo 2o. del decreto 971 de 1990 en relación con la periodicidad en la realización de los sorteos extraordinarios anuales, dispone que “salvo disposición legal en contrario, ninguna entidad puede efectuar más de un sorteo extraordinario anualmente”

SALA DE CONSULTA

5) De las norma transcritas se deduce claramente que los nuevos Departamentos subrogan a las antiguas Intendencia y Comisaría en los derechos sociales que ellas tenían en la lotería de los Territorios Nacionales. Además, el inciso 2o. del referido artículo 34 del decreto 2274 de 1991, ordena que los estatutos de la lotería de los nuevos Departamentos deben adecuarse a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias vigentes. De este modo, la Lotería de los nuevos Departamentos, deben adecuarse a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias vigentes. De este modo, la Lotería de los nuevos Departamentos, por ostentar actualmente una naturaleza jurídica distinta a la de los Territorios Nacionales, debe modificar sus estatutos para ponerlo acorde con el régimen general vigente aplicable a las loterías departamentales.

La Sala Estima, con fundamento en las anteriores consideraciones, que como el estatuto de las loterías oficiales prevé que éstas puedan realizar un sorteo ordinario semanal y un sólo sorteo extraordinario anual, los estatutos de la lotería de los nuevos Departamentos deben someterse a estas previsiones y efectuar únicamente un sorteo extraordinario anual porque del decreto 2274 de 1991 así se deduce. Los sorteos ordinarios semanales y los extraordinarios deben realizarse conjuntamente, en consideración de que se trata de una sola lotería y, no existe otro régimen que regula de manera especial la materia.

Transcribese en sendas copias al Señor Ministro de Salud y al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente de la sala; Javier Henao Hidrón, Jaime Betancur Cuartas, Roberto Suárez Franco.

Elizabeth castro Reyes, Secretaria de la sala.

**FONDO NACIONAL HOSPITALARIO - Fusión / F.N.H. -Vigencia /
F.N.H. / PLANTA DE PERSONAL / FIS / JUNTA DIRECTIVA -
Funciones / SUPRESION DE EMPLEOS**

El Ministerio de Salud no está legalmente autorizado para ejecutar el presupuesto de inversión asignado al Fondo Nacional Hospitalario en la ley de presupuesto para la vigencia fiscal de 1993. El Fondo Nacional Hospitalario se mantiene vigente como establecimiento público, a más tardar hasta el 31 de diciembre de 1993, pues para entonces el FIS deberá estar en condiciones de entrar en funcionamiento a partir del 1o. de enero de 1994, por haber adoptado su Junta Directiva los estatutos, la estructura interna y la planta de personal de la entidad y haber tomado las demás medidas necesarias para cumplir con el propósito indicado. Si tal proceso llegare a concluir antes de terminar el año de 1993, el FIS, que reemplaza al Fondo Nacional Hospitalario en todos sus bienes, derechos y obligaciones, asumirá de inmediato la función ejecutora en materia presupuestal. La potestad de decidir acerca del número de funcionarios de la planta de personal del F.N.H. que integrarán al FIS y, por consiguiente, de suprimir los empleos que no van a ser incorporados al FIS, corresponde a la Junta Directiva de esta última entidad, en virtud de las disposiciones laborales consagradas en el decreto 2132 de 1.992, las que no fueron derogadas o modificadas por el art. 115 del decreto 2164 del mismo año. El reconocimiento y pago de indemnizaciones y bonificaciones a que haya lugar previstas en favor de los empleados del F.N.H. cuyos cargos sean suprimidos es función que corresponde ejercerla a la junta Directiva del FIS, con estricta sujeción a la dispuesto en el Capítulo V del decreto 2132 de 1992 y con cargo al presupuesto de la entidad.

SALA DE CONSULTA

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.

Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre la situación presupuestal y administrativa del Fondo Nacional Hospitalario. Radicación número: 508.

El señor Ministro de Salud, doctor Juan Luis Londoño de la Cuesta, formula a la Sala la consulta que con sus explicaciones se transcribe a continuación:

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2o. del artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, comedidamente me permito elevar ante esa Honorable Corporación consulta sobre la situación presupuestal y administrativa del **Fondo Nacional Hospitalario**, previa las siguientes consideraciones:

ANTECEDENTES DE ORDEN LEGAL:

En desarrollo del artículo 20 transitorio de la Constitución Política, el Gobierno Nacional expidió el Decreto número 2132 del 29 de diciembre de 1992, a través del cual se reestructuran y fusionan entidades y dependencias de la administración nacional, señalando en su artículo primero la fusión del Fondo Nacional Hospitalario y el Fondo del Ministerio de Educación Nacional, conformándose el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social FIS, como establecimiento público del orden nacional adscrito al Departamento Nacional de Planeación, dotado de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, determinando que todos los bienes, derechos y obligaciones de las entidades fusionadas formarán parte del patrimonio del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social FIS.

Para la adecuada aplicación de la norma en mención, se dispuso en su artículo 9o. *ibidem*, un procedimiento de fusión en el cual se contemplan las siguientes reglas:

1. El Gobierno Nacional procederá a integrar la Junta Directiva del Fondo de Cofinanciación para la inversión social y a designar el Director General del mismo, en sustitución del Director General del Fondo Nacional Hospitalario.

2. Durante el año de 1993 las funciones que legalmente estaban atribuidas al Fondo Nacional Hospitalario, continuarán siendo desarrolladas por el Ministerio

de Salud. Para estos efectos, y previas las disposiciones a que haya lugar, se incorporarán a la planta de personal del Ministerio de Salud los funcionarios del Fondo Nacional Hospitalario que sean indispensables para el cumplimiento de tales funciones, los cuales conformarán sin solución de continuidad un grupo especial dentro de la estructura del Ministerio de Salud en la dependencia que determine el Ministro de Salud. La Junta Directiva del FIS conservará el número de funcionarios de la planta de personal del Fondo Nacional Hospitalario que considere necesario para los fines de la organización y funcionamiento de la entidad durante 1993 y suprimirá los cargos que no sean necesarios para el funcionamiento de la entidad durante 1993.

3. El Ministerio de Salud modificará su planta de personal para reducir el número de funcionarios del grupo especial de que trata el numeral precedente, a los indispensables para los fines de lo previsto en los numerales 5o. y 6o., de conformidad con un programa que concluirá, a más tardar, el 30 de junio de 1994.

4. Durante el año de 1993 las funciones legalmente atribuidas al Fondo del Ministerio de Educación Nacional continuarán siendo desarrolladas por el Ministerio de Educación Nacional.

5. El Ministerio de Salud y el Ministerio de Educación Nacional continuarán desarrollando todas las actividades indispensables para el cumplimiento de los contratos celebrados hasta la fecha de vigencia de este Decreto por el Fondo Nacional Hospitalario y el Fondo del Ministerio de Educación, respectivamente, hasta su terminación definitiva. Para estos efectos se entiende que los Ministerios de Salud y Educación sustituyen en todos los derechos y obligaciones contractuales al Fondo Nacional Hospitalario y al Fondo del Ministerio de Educación, respectivamente. Los Ministerios ejecutarán los recursos mediante contratos de administración fiduciaria.

6. Para los efectos del cumplimiento y ejecución de los contratos de empréstito interno celebrado por el Fondo Nacional Hospitalario y el Fondo del Ministerio de Educación o para el desarrollo de programas y proyectos de tales entidades, mientras se suscriben con las entidades acreedoras los documentos de modificación pertinentes, se mantendrán las unidades ejecutoras con las mismas características que se hayan previsto en tales contratos, en los respectivos Ministerios.

7. Durante el año de 1993, la Junta Directiva del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social FIS, adoptará los estatutos, la estructura interna y planta de personal de la entidad. La planta de personal que se adopte entrará a regir para todos los efectos legales y fiscales a partir de su publicación.

SALA DE CONSULTA

8. Los bienes de cualquier naturaleza que no sean necesarios para la organización y funcionamiento del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social FIS, según decisión de la Junta Directiva, se transferirán gratuitamente a la Nación -Ministerio de Salud o a la Nación - Ministerio de Educación, según sea el caso.

9. El Gobierno Nacional realizará las operaciones presupuestales necesarias para la financiación y puesta en marcha de las acciones establecidas en este Decreto.

Así mismo, el artículo 115 del Decreto 2164 de 1992 expedido por el Gobierno Nacional con base en las mismas facultades constitucionales invocadas en la norma anteriormente citada, por el cual se reestructura el Ministerio de Salud, prevé que el Fondo Nacional Hospitalario seguirá adscrito al Ministerio de Salud como establecimiento público, hasta cuando se de cumplimiento a las disposiciones relativas al Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social.

Igualmente, se contempla en las dos normas enunciadas un capítulo especial denominado Disposiciones laborales transitorias que contienen los procedimientos aplicables para la terminación de la vinculación, supresión del cargo, traslado de empleados públicos, revisión de plantas de personal, indemnizaciones y bonificaciones, entre otros.

INTERPRETACIÓN DE LAS ANTERIORES NORMAS:

Frente a las anteriores disposiciones han surgido dudas sobre la forma como deben ejecutarse los recursos que figuran en el Presupuesto General de la Nación para la vigencia de 1993, en cabeza del Fondo Nacional Hospitalario. Para tal efecto se han sostenido las siguientes posiciones:

En primer lugar, en virtud de la atribución que confiere el art. 9o. numeral 2o. del Decreto 2132 de 1992 al Ministerio de Salud para continuar desarrollando las funciones que legalmente estaban atribuidas al Fondo Nacional Hospitalario, se ha señalado que el Ministerio de Salud debe ejecutar el presupuesto del Fondo Nacional Hospitalario, sin que sea necesario adoptar ninguna otra medida de carácter presupuestal, pues sólo así se cumpliría el artículo mencionado. Para tal efecto, algunas personas han señalado que para evitar dudas sería conveniente proceder a una aclaración de leyenda del respectivo rubro presupuestal, por parte del Ministerio de Hacienda, en desarrollo de las disposiciones presupuestales vigentes.

En segundo lugar, se ha afirmado que en razón de lo dispuesto por el artículo 9o. numeral 2o. del Decreto 2132 de 1992 y de conformidad con el ordinal 9o.

del mismo artículo y el artículo 48 del Decreto mencionado -los cuales prevén que el Gobierno Nacional debe efectuar las operaciones y traslados presupuestales que sean necesarios para la cumplida ejecución del decreto-, el Gobierno Nacional debe dictar un decreto en el cual se precise la forma en que debe ejecutarse el presupuesto que figura en cabeza del Fondo Nacional Hospitalario. Para tal efecto, el Gobierno ejercería la facultad que le otorga el artículo 189, numeral 20, de la Carta para “Velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo con las leyes”:

En tercera instancia, algunos consideran que el Ministerio de Salud no puede ejecutar los recursos correspondientes al Fondo Nacional Hospitalario, sin que se modifique la ley anual del presupuesto. Lo anterior implicaría que no puede darse cumplimiento al Decreto 2132 de 1992. Esta conclusión aparentemente desconocería el contenido preceptivo de este último decreto y con ello la finalidad perseguida por el artículo 20 transitorio de la Constitución.

De otra parte, y en lo referente a la incorporación a la planta de personal del Ministerio de Salud, de los funcionarios del Fondo Nacional Hospitalario necesarios para el desarrollo de las funciones que legalmente estaban atribuidas a éste y que se le adscriben al Ministerio de Salud, de conformidad con las normas legales sobre la materia estimamos que procede la expedición de un Decreto por medio del cual se incorpore el grupo especial de que habla el numeral 2o. del artículo 9o. del Decreto 2132 de 1992.

Surge entonces la duda en cuanto al personal que no sea incorporado, en el sentido de cuál sería el órgano competente para suprimir los cargos que no sean necesarios para el funcionamiento del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social, toda vez que a la fecha y en cumplimiento del artículo 115 del Decreto 2164, el Fondo Nacional Hospitalario continúa como establecimiento público adscrito al Ministerio de Salud, con sus órganos de dirección, es decir, Junta Directiva y Gerencia General.

Con base en lo anteriormente expuesto, se formula la siguiente consulta:

1. Con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por el ordinal 2o. del artículo 9o. del Decreto 2132 de 1992, puede el Ministerio de Salud ejecutar el presupuesto de inversión asignado al Fondo Nacional Hospitalario en la Ley de Presupuesto para la vigencia fiscal de 1993, sin que para tal efecto sea necesario dictar previamente ninguna otra disposición de índole presupuestal? ¿Debería para evitar dudas, aclararse la leyenda de los rubros presupuestales en cabeza del Fondo Nacional Hospitalario?

SALA DE CONSULTA

2. De no ser viable lo anterior, debería el Gobierno dictar un decreto en desarrollo de los artículos 9o, ordinales 2o. y 9o. y 48 del Decreto 2132 de 1992 y del artículo 189, ordinal 20 de la Carta, para precisar la forma como el Ministerio de Salud debe ejecutar los rubros presupuestales de inversión que figuran en cabeza del Fondo Nacional Hospitalario?

3. Cuál sería el procedimiento que se debería surtir en caso de no prosperar ninguna de las alternativas propuestas en los numerales anteriores? Deberá mantenerse vigente, entonces, el Fondo Nacional Hospitalario durante casi todo el año de 1993, dado (sic) nacimiento al FIS sólo el 31 de diciembre de 1993?

4. Puede la Junta Directiva del Fondo Nacional Hospitalario, en virtud de lo dispuesto por el artículo 115 del decreto 2164 de 1992, expedir los Acuerdos por medio de los cuales se supriman los empleos que no van a ser incorporados en el Ministerio de Salud o en el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social, en virtud de las disposiciones laborales transitorias, consagradas en el Decreto 2132 de 1992? En caso de que la respuesta al anterior interrogante sea negativa, corresponde a la Junta del FIS suprimir dichos cargos?

5. ¿A qué organismo o entidad y con cargo a qué presupuesto correspondería reconocer y pagar las indemnizaciones y bonificaciones a que haya lugar previstas en favor de los funcionarios del Fondo Nacional Hospitalario cuyos cargos sean suprimidos?

LA SALA CONSIDERA:

1. Fusión del Fondo Nacional Hospitalario y el Fondo-MEN y reglas para organizar y poner en funcionamiento el Fondo de Cofinanciación para la inversión social -FIS- El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le confirió el artículo transitorio 20 de la Constitución Política, por medio del decreto 2132 de 29 de diciembre de 1992, fusionó el Fondo Nacional Hospitalario y el Fondo del Ministerio de Educación Nacional, para conformar un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Departamento Nacional Planeación y denominado Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social -FIS-

El objeto exclusivo del nuevo Fondo consiste en cofinanciar la ejecución en forma descentralizada de programas y proyectos presentados por las entidades territoriales, en materia de salud, educación, cultura, recreación, deportes y atención de grupos vulnerables de la población.

La dirección y administración del FIS estará a cargo de una Junta Directiva integrada por el director del Departamento Nacional de Planeación, quien la presidirá; el Ministro de Salud; el Ministro de Educación Nacional un representante del Presidente de la República, y un director, quien será su representante legal y agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción.

El decreto mencionado estableció en su artículo 9o. las reglas conforme a las cuales se adelantará la fusión. En este sentido, básicamente dispuso lo siguiente:

- Que el Gobierno Nacional procederá a integrar la Junta Directiva del FIS y a designar el Director General del mismo "en sustitución del Director General del Fondo Hospitalario Nacional";

- Que durante el año de 1993, las funciones que legalmente estaban atribuidas al Fondo Nacional Hospitalario continuarán siendo desarrolladas por el Ministerio de Salud y, del mismo modo, que las funciones legalmente atribuidas al Fondo MEN continuarán siendo desarrolladas por el Ministerio de Educación Nacional;

- Que serán incorporados a la planta de personal del Ministerio de Salud, los funcionarios del Fondo Nacional Hospitalario que sean indispensables para el cumplimiento de las nuevas funciones que asume el Ministerio;

- Que los funcionarios que sean incorporados a la planta de personal del Ministerio de Salud, conformarán sin solución de continuidad un Grupo Especial dentro de la estructura de dicho Ministerio, en la dependencia que determine el Ministro del ramo;

- Que el Ministerio de Salud y el Ministerio de Educación Nacional continuarán desarrollando todas las actividades indispensables para el cumplimiento de los contratos celebrados por el Fondo Nacional Hospitalario y el Fondo -MEN-, respectivamente, hasta su terminación definitiva, siendo entendido que tales Ministerios sustituyen en todos los derechos y obligaciones contractuales a los respectivos Fondos;

- Que los Ministerios, en referencia, ejecutarán los recursos asignados a los Fondos mediante contratos de administración fiduciaria;

- Que durante el año de 1993, la Junta Directiva del FIS adoptará los estatutos, la estructura interna y la planta de personal de la entidad. Y,

SALA DE CONSULTA

- Que el Gobierno Nacional realizará las operaciones presupuestales necesarias para la financiación y puesta en marcha "de las acciones" establecidas en el decreto, norma que el art. 48 complementó de este modo: "El Gobierno Nacional efectuará las operaciones y los traslados presupuestales que se requieran para la cumplida ejecución del presente decreto".

2. Un viraje sorpresivo.- El Gobierno Nacional produjo un rápido y sorpresivo viraje cuando al día siguiente de haber sido dictado el decreto 2132, o sea el 30 de diciembre de 1992, expidió el decreto 2164, "por el cual se reestructura el Ministerio de Salud" y en su art. 115, bajo el subtítulo de **transitorio**, dispuso:

El Fondo Nacional Hospitalario seguirá adscrito al Ministerio de Salud como establecimiento público, hasta cuando se dé cumplimiento a las disposiciones relativas al Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social.

Conviene precisar que ambos decretos -el 2132 y el 2164- fueron promulgados con fecha 31 de diciembre de 1992, o sea que entraron a regir el mismo día. Curiosamente, en efecto, el texto completo del primero fue publicado en el Diario Oficial número 40.704, mientras el texto del segundo fue insertado íntegramente en el Diario Oficial número 40.703, teniendo ambos periódicos oficiales la misma fecha, ya mencionada, de modo que los decretos empezaron a producir sus efectos jurídicos en forma coetánea. Con todo, es evidente que con el decreto 2164 el Gobierno quiso introducir una variante al decreto 2132, en el sentido de prolongar la existencia jurídica del establecimiento público denominado Fondo Nacional Hospitalario- cuya fusión habrá dispuesto con el Fondo MEN-, en la siguiente forma transitoria: "Hasta cuando se dé cumplimiento a las disposiciones relativas al Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social".

3. Análisis de las Determinaciones del Gobierno relacionadas con el Fondo Nacional Hospitalario.

Dentro del término de dieciocho meses de que disponía el Gobierno Nacional - que contados a partir del 7 de julio de 1991, fecha de entrada en vigencia de la actual Constitución Política, se extendieron hasta el 7 de enero de 1993-, para "poner en consonancia" con los mandatos de la nueva Ley Fundamental del Estado a las entidades y dependencias de la rama ejecutiva, pertenecientes tanto a la administración central como a la administración descentralizada, las cuales podía suprimir, fusionar y reestructurar, fue expedido con fundamento en el artículo transitorio 20 del Estatuto Superior, el decreto 2132 de 1992 (diciembre 29), mediante el cual se dispuso la fusión del Fondo MEN y el Fondo Nacional Hospitalario en un establecimiento público del orden nacional denominado Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social-FIS,

dotado de personería jurídica, autonomía administrativa, y patrimonio propio del que formarán parte todos los bienes, derechos y obligaciones de los dos fondos fusionados.

El decreto mencionado estableció también un **proceso de fusión** consistente en que, durante el año de 1993, el Ministerio de Educación Nacional y el Ministerio de Salud continuarán desarrollando las funciones legalmente atribuidas al Fondo MEN y al Fondo Nacional Hospitalario, respectivamente; mientras por su parte, la junta directiva del FIS deberá adoptar en el transcurso del mismo año, los estatutos, la estructura interna y la planta de personal de la entidad, con el fin de asegurar su funcionamiento en debida forma a más tardar el 1o. de enero de 1994.

El Gobierno, sin embargo, mediante el decreto 2164 resolvió modificar el anterior proceso de fusión en lo concerniente al Fondo Nacional Hospitalario, al disponer en el artículo 115 que este Fondo “seguirá adscrito al Ministerio de Salud como establecimiento público” hasta cuando aquel proceso haya concluido con la puesta en funcionamiento del FIS.

La Sala considera que la intención final del Gobierno consistió en prorrogar la vida jurídica del Fondo Nacional Hospitalario como establecimiento público, es decir, como entidad dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito como siempre al Ministerio de Salud, “hasta cuando se de cumplimiento a las disposiciones relativas al Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social”, que, como quedó explicado, es un nuevo establecimiento público del orden nacional, conformado por la fusión del Fondo Nacional Hospitalario y el Fondo-MEN para cumplir objetivos relacionados principalmente con la educación y la salud, cuyos programas y proyectos financiará en forma conjunta con las entidades territoriales.

Como consecuencia, la anterior decisión gubernamental significa también que las reglas adoptadas por el decreto 2132 de 1992 en el sentido de que “durante el año de 1993, las funciones que legalmente estaban atribuidas al Fondo Nacional Hospitalario continuarán siendo desarrolladas por el Ministerio de Salud” y que constituían una especie de disposición-puente destinada a regir mientras se organizaba y disponía el funcionamiento del FIS, perdieron su fuerza jurídica y ya no podrán ser aplicadas. Ello por cuanto el nuevo decreto 2164, al prorrogar en su art. 115 la vigencia del Fondo Nacional Hospitalario con las características que le son inherentes a su naturaleza jurídica de establecimiento público, lo habilitó para continuar desarrollando su objeto, con la sola limitación de carácter temporal que en dicha norma se precisa.

SALA DE CONSULTA

Eliminada la tarea de intermediación entre el Fondo Nacional Hospitalario y el FIS, atribuida al Ministerio de Salud por el decreto 2132, ocurre entonces que durante el año de 1993 o con más precisión, hasta cuando se haya dado cumplimiento a las disposiciones relativas al FIS, el Fondo Nacional Hospitalario podrá disponer la ejecución de sus recursos presupuestales y dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales y legales.

Mientras tanto, y en un lapso de tiempo que no podrá exceder el año de 1993, la Junta Directiva del FIS integrada en la forma señalada por el art. 5o. del decreto 2132, deberá reunirse con el fin de adoptar los estatutos, la estructura interna y la planta de personal de la entidad.

En cuanto al Director General del FIS, que será su representante legal y asistirá con voz pero sin voto a las reuniones de la Junta Directiva, el Presidente de la República puede proceder a nombrarlo, pero sólo sustituirá al Director General del Fondo Nacional Hospitalario cuando este establecimiento público pierda sus atributos jurídicos por entrar en funcionamiento el FIS.

LA SALA RESPONDE:

1. El Ministerio de Salud no está legalmente autorizado para ejecutar el presupuesto de inversión asignado al Fondo Nacional Hospitalario en la ley de presupuesto para la vigencia fiscal de 1993, por cuanto dicho Fondo conserva su naturaleza jurídica de establecimiento público hasta cuando empiece a funcionar el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social FIS.

2. El Gobierno Nacional tampoco está legalmente autorizado ni dispone de competencia para precisar la forma como el Ministerio de Salud debe ejecutar los rubros presupuestales de inversión que figuran en cabeza del Fondo Nacional Hospitalario, por cuanto ya un decreto con fuerza de ley dictado por el mismo Gobierno en desarrollo de las facultades conferidas por el artículo transitorio 20 de la Carta Política (decreto 2164 de 1992, art.115), dispuso que dicho Fondo "seguirá adscrito al Ministerio de Salud como establecimiento público", mientras se dispone la organización y se ordena el funcionamiento del FIS.

3. El Fondo Nacional Hospitalario se mantiene vigente como establecimiento público, a más tardar hasta el 31 de diciembre de 1993, pues para entonces el FIS deberá estar en condiciones de entrar en funcionamiento a partir del 1o. de enero de 1994, por haber adoptado su Junta Directiva los estatutos, la estructura interna y la planta de personal de la entidad y haber tomado las demás medidas necesarias para cumplir con el propósito indicado. Si tal proceso llegare a concluir antes de terminar el año de 1993, el FIS, que

reemplaza al Fondo Nacional Hospitalario en todos sus bienes, derechos y obligaciones, asumirá de inmediato la función ejecutara en materia presupuestal.

4. La potestad de decidir acerca del número de funcionarios de la planta de personal del Fondo Nacional Hospitalario que ingresarán al Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social -FIS- y, por consiguiente, de suprimir los empleos que no van a ser incorporados al FIS, corresponde a la Junta Directiva de esta última entidad, en virtud de las disposiciones laborales consagradas en el decreto 2132 de 1992, las que no fueron derogadas ni modificadas por el art. 115 del decreto 2164 del mismo año.

5. El reconocimiento y pago de las indemnizaciones y bonificaciones a que haya lugar previstas en favor de los empleados del Fondo Nacional Hospitalario cuyos cargos sean suprimidos, es función que corresponde ejercer a la Junta Directiva del FIS, con estricta sujeción a lo dispuesto en el Capítulo V del decreto 2132 de 1992 y con cargo al presupuesto de la entidad.

Transcribese, en sendas copias auténticas, al señor Ministro de Salud y al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; Javier Henao Hidrón, Jaime Betancurt Cuartas; Roberto Suárez Franco.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala

Autorizada la publicación con oficio 00898 del 18 de mayo de 1993.

**BIEN INMUEBLE RURAL / ENAJENACION - Régimen aplicable /
BIEN INMUEBLE RURAL - Finalidad / ENTIDAD PUBLICA**

El art. 33 de la ley 9a. de 1989 se refiere a todos los inmuebles de las entidades públicas, urbanos, suburbanos y rurales. Además concede un plazo de cinco años, contados desde su promulgación, o desde la fecha de adquisición del inmueble, si se efectuó o realiza con posterioridad a su vigencia, para aplicarlo a la finalidad con que fue adquirido. De lo contrario se lo debe enajenar. Los arts. 146 y 147 del Decreto-Ley 222 de 1983 son aplicables -salvo excepción legal- a las ventas y permutas de inmuebles que realicen las entidades públicas por causa o motivos distintos del prescrito con carácter especial, por el art. 33 de la ley 9a. de 1989.

Autorizada la publicación con oficio No 15046 del 19 de mayo de 1993

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.

Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta relacionada con enajenación de inmuebles de propiedad de la Nación, ubicados en zonas rurales.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

“Respetuosamente me dirijo a ustedes, a fin de que se emita concepto sobre la normatividad aplicable para la enajenación de inmuebles, de propiedad de La Nación, ubicados en zonas rurales.

1.- Debe entenderse que el procedimiento establecido en los artículos 33 y siguientes de la Ley 9a. de 1989 y sus decretos reglamentarios, en especial el Decreto 1134 del 7 de julio de 1992, se aplica exclusivamente para la enajenación de inmuebles ubicados en zonas urbanas y suburbanas, siempre y cuando no se hubieren destinado a los fines para los cuales fueron adquiridos, en los términos de las normas citadas?

2.-Debe entenderse que el procedimiento descrito en los artículos 147 y siguientes del Decreto Ley 222 de 1983 es aplicable exclusivamente para la enajenación de inmuebles que no se encuentren en las condiciones del artículo 1o. del Decreto Reglamentario 1134 de 1992, así como, para la enajenación de inmuebles ubicados en zonas rurales?

3.-Por lo anterior, debemos entender que las entidades públicas no están obligadas a vender los inmuebles rurales de su propiedad que no hayan sido destinados a los fines para los cuales fueron adquiridos?.”

LA SALA CONSIDERA:

1º) Como expuso en concepto de 12 de junio de 1989, las enajenaciones de inmuebles que se efectúen con fundamento en el artículo 33 de la Ley 9a. de 1989, con excepción de las determinadas por el artículo 36 de la misma ley, requieren que el precio de los inmuebles, a que se refieren las mencionadas disposiciones, se determine mediante avalúos que debe efectuar el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

2º) Según el artículo 33, inciso 4º, de la Ley 9a. de 1989, “los municipios, las áreas metropolitanas y la Intendencia de San Andrés y Providencia -hoy departamento- enajenarán sus inmuebles mediante el procedimiento previsto en sus propios códigos fiscales o normas equivalentes”. Pero, en defecto de tales disposiciones, se deben aplicar las de la Ley 9a. de 1989. El artículo 33, ordinal 4º, de esta misma ley agrega que “todas las demás entidades públicas enajenarán dichos bienes mediante el procedimiento de la licitación pública, salvo cuando se trate de la venta a los propietarios anteriores o cuando el precio base de la negociación sea inferior a trescientos (300) salarios mínimos legales”.

3º) Los propietarios anteriores que, según el artículo 34, inciso 3º, de la Ley 9a. de 1989, son “quienes hubieren transferido el dominio de sus inmuebles a la entidad pública”, tienen “derecho preferencial” a adquirirlos, dentro del término que al efecto la ley determina, “por el avalúo administrativo especial que fije el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o la entidad que cumpla sus funciones”.

SALA DE CONSULTA

4°) El artículo 36 de la Ley 9a. de 1989 prescribe los casos de excepción, en los cuales las entidades públicas pueden vender sus bienes sin licitación pública y sin que el precio de ellos deba establecerse mediante avalúo realizado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Estos casos de excepción, que son de restrictiva interpretación, consisten en las enajenaciones a otras entidades públicas; a entidades sin ánimo de lucro, siempre que medie autorización de los respectivos gobernadores o alcaldes, pero sujetas “a condición resolutoria de dominio en el evento de que se de a los inmuebles un uso o destinación distinto (sic) al autorizado”; si se trata de inmuebles de empresas industriales y comerciales del Estado o de sociedades de economía mixta “adquiridos por la vía del remate, adjudicación o dación en pago”; las ventas a los anteriores propietarios, como antes se indico, siempre que paguen el valor de impuesto predial, las cargas complementarias y las contribuciones de valorización que se hubieran causado “desde el momento de la anterior enajenación” y las ventas singulares o individuales, correspondientes a programas “de construcción de viviendas, oficinas y locales” que formen parte de conjuntos residenciales, y a programas de “renovación urbana”.

5°) El régimen expuesto se aplica, según el artículo 33 de la Ley 9a. de 1989, a todos los inmuebles de las entidades públicas si, dentro de término de cinco años, contados desde la fecha de promulgación de la misma ley o de adquisición del bien, posterior a aquélla, no se aplican “a los fines para los cuales fueron adquiridos”.

La disposición se refiere a “todas las entidades públicas que hayan adquirido inmuebles a cualquier título o que los adquieran en lo sucesivo”; como también a todos los bienes inmuebles de las mismas, sin ninguna excepción.

La finalidad de artículo 33 de la Ley 9a. de 1989 consiste en hacer que las entidades públicas, en el plazo prudencial que al efecto señala, afecten sus bienes inmuebles al cumplimiento de la finalidad de su adquisición. La omisión de este deber implica la obligación de enajenarlos. La disposición infiere que si el lapso indicado transcurre sin que el bien se destine al cumplimiento de su objeto, es innecesario y debe ser enajenado en la forma indicada.

6°) El Decreto 1134 de 1992 reglamenta los artículos 33, 34 y 35 de la Ley 9a. de 1989 relativos a los indicados procedimientos para la enajenación de los bienes inmuebles de las entidades públicas que no se apliquen, dentro del término legal, al cumplimiento de su objeto.

7°) Lo expuesto significa que el artículo 33 de la Ley 9a. de 1989 no sólo se refiere a los bienes urbanos y suburbanos de las entidades públicas, sino también a todos los que sean o lleguen a ser de su propiedad. No obstante que

la mayoría de las disposiciones de la mencionada ley regula la propiedad urbana y suburbana y su adquisición por las entidades públicas, el artículo 33 se refiere, sin excepción, a todos sus bienes inmuebles, urbanos, suburbanos y rurales, para los solos efectos de regular su aplicación al objeto para el cual fueron adquiridos o disponer, en su defecto, se enajenación. Para efectuarla cada entidad debe obrar, mediante su representante, con las correspondientes autorizaciones.

8°) Los artículos 146 y 147 de Decreto-ley 222 de 1983, relativos a la enajenación y a la permuta de los bienes inmuebles de las entidades públicas, que “no requieran para su servicio”, son aplicables, salvo disposición especial en contrario -como sucede con el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (artículo 253 de Decreto-ley 222 de 1989)- para todos los contratos de compraventa o permuta que celebren las entidades públicas por causa o motivo distinto del prescrito, con carácter especial, por el artículo 33 de la Ley 9a. de 1989.

Con fundamento en lo expuesto la Sala responde:

1°) El artículo 33 de la Ley 9a. de 1989 se refiere a todos los inmuebles de las entidades públicas, urbanos, suburbanos y rurales.

2°) El artículo 33 de la Ley 9a. de 1989 concede un plazo de cinco años, contados desde su promulgación, o desde la fecha de adquisición del inmueble, si se efectuó o realiza con posterioridad a su vigencia, para aplicarlo a la finalidad con que fue adquirido. De lo contrario se lo debe enajenar.

3°) Los artículos 146 y 147 de Decreto-ley 222 de 1983 son aplicables -salvo excepción legal- a las ventas y permutas de inmuebles que realicen las entidades públicas por causa o motivo distintos del prescrito, con carácter especial, por el artículo 33 de la Ley 9a. de 1989.

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

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas*,
Javier Henao Hidrón, *Roberto Suárez Franco*.

Elizabeth Castro R., Secretaria.

**CONSEJO SUPERIOR DEL SERVICIO CIVIL - Integración /
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA / POTESTAD
REGLAMENTARIA - Límites / CONGRESO DE LA REPUBLICA
Facultades.**

Mediante un decreto expedido en ejercicio de las facultades conferidas al Presidente de la República por el ordinal 3o. del artículo 120 del Constitución (decreto reglamentario) a determinar la composición del Consejo Superior del Servicio Civil, es una conducta del gobierno que excedería sus atribuciones constitucionales, pues implica de una parte inmiscuirse en un asunto que es de la privativa competencia del Congreso (ibídem, artículo 78, ordinal 2o.) y de la otra, desconocer no sólo el principio acerca del ejercicio de las funciones públicas dentro de la órbita señalada por el constituyente sino también el que concierne a la separación de las ramas u órganos del Estado (ibídem, arts. 2o. y 55). Autorizada su publicación el 26 de octubre de 1993.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Consejero Ponente: *Dr. Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Concepto sobre un proyecto de decreto reglamentario por el cual se determina la integración del Consejo Superior del Servicio Civil. Radicación No. 205.

El jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, doctor Joaquín Barreto Ruiz, acude a la Sala en solicitud de concepto para la expedición del decreto "por el cual se reglamentan los artículos 4o. de la ley 61 de 1987, 23 de

la ley 13 de 1984 y 41, 45, 48 y 53 del decreto extraordinario 2400 de 1968, en cuanto a la integración del Consejo Superior del Servicio Civil y se dictan otras disposiciones”.

El decreto que se propone expedir el gobierno nacional, tiene el siguiente texto:

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA

En uso de las facultades que le confiere el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Política.

DECRETA:

ARTICULO 1o. El Consejo Superior del Servicio Civil a que se refieren los artículos 4o. de la ley 61 de 1987, 23 de la ley 13 de 1984 y 41, 45, 48 y 53 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968, estará integrado por:

* El jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, quien lo presidirá.

* El Director de la Escuela Superior de Administración Pública.

* Cuatro Consejeros nombrados por el Presidente de la República, de acuerdo con la representación de los partidos en el Congreso de la República. Uno de los cuatro Consejeros será escogido de una lista de candidatos presentada por las organizaciones sindicales que agrupan a los empleados oficiales.

PARAGRAFO: Con excepción del representante de los empleados, los Consejeros deberán acreditar requisitos para Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

ARTICULO 2o. El consejo tendrá en cuenta para el desarrollo de sus funciones, la prescripción constitucional de que en ningún caso la filiación política de los ciudadanos pueda determinar su nombramiento para un empleo o cargo público de la carrera administrativa, o su destitución o promoción.

ARTICULO 3o. El Consejo se reunirá por convocatoria de su Presidente y constituirá quorum para deliberar y decidir cuatro de sus miembros.

Las decisiones deberán adoptarse por mayoría simple y en caso de empate

SALA DE CONSULTA

prevalecerá el voto de su Presidente.

ARTICULO 4o. Los honorarios que se causen por la asistencia de los Consejeros a las sesiones serán fijados por resolución ejecutiva, la cual señalará el máximo de lo que cada Consejero pueden percibir mensualmente.

ARTICULO 5o. El presidente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

SE CONSIDERA:

1. Corresponde a la sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, emitir previo concepto favorable en relación con los decretos que sobre carrera administrativa pretenda expedir el gobierno nacional (Decreto-ley 2400 de 1968, artículo 41).

2. El Consejo Superior del Servicio Civil, creado mediante el decreto ley 728 de 1968, encontró su desarrollo normativo en el decreto ley 2400 de 1968 (artículos 41, 45, 48, y 53), la ley 13 de 1984 (artículos 22 y 23) y la ley 61 de 1987 (artículos 4o.), disposiciones en las cuales se le considera como uno de los organismos responsables de la administración del personal que presta sus servicios en la rama ejecutiva del poder público, se dispone su integración y se señala sus funciones.

3. la integración del Consejo Superior del Servicio Civil fue determinada en varias normas con fuerza legislativa y, últimamente, por el artículo 22 de la ley 13 de 1984, que dispuso lo siguiente:

El consejo Superior del Servicio Civil estará integrado por una representación paritaria liberal y conservador y de él harán parte, el jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, el Director de la ESAP - Escuela de Administración Pública -, un representante de los empleados elegidos (sic) con su suplente, mediante sufragio universal y directo; y cuatro representantes del Congreso Nacional elegidos por cada Cámara (sic) en forma paritaria.

4. El artículo 22 de la ley 13 de 1984 fue declarado por la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 6 de septiembre de 1984, ponente Dr. Manuel Gaona Cruz), parcialmente inexecutable, en la parte que dice: "... El Consejo Superior del Servicio Civil estará integrado por una representación paritaria de los partidos liberales y conservador ... y cuatro representantes del Congreso Nacional elegidos por cada Cámara (sic) en forma paritaria..."

5. Desintegrado el Consejo Superior del Servicio civil, por virtud de la

sentencia de inexequibilidad parcial proferida por la Corte; fue la ley 61 de 1987 (artículo 12) la encargada de derogar expresamente la parte restante del artículo 22 de la ley 13 de 1894, con lo cual desaparecieron todos los integrantes del Consejo Superior, quedando éste en absoluta imposibilidad Jurídica de ejercer funciones.

6. Un proyecto de ley presentando a la consagración del Congreso en la legislatura correspondiente al año 1987 y destinado a determinar la nueva conformación del Consejo Superior del Servicio Civil, no alcanzó a convertirse en ley de la República.

7. Ante el fracaso del proyecto de ley con el cual se buscaba conformar el Consejo Superior del Servicio Civil, el gobierno nacional pretende ahora que **“mientras el legislador señala una nueva integración, se debe fijar la composición del Consejo en aras a hacer posible la cumplida ejecución de la leyes, en obediencia al mandato contenido en el artículo 120, numeral 3 de la Constitución Política”** (Subraya la Sala).

El gobierno olvida que es al Congreso por medio de ley al que corresponde - según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - “señala la composición del Consejo Superior del Departamento Administrativo del Servicio Civil”, así como decidir cuál es la organización de dicho Departamento y de sus dependencias, definir las políticas legislativas en materia del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa y de los derroteros de acción de la administración pública para que ésta opere en materia de vinculación, permanencia, ascensos, capacitación, retiro, despido, régimen disciplinario y jubilación de los funcionarios públicos (Sentencia del 6 de septiembre de 1984, ponente doctor Manuel Gaona Cruz).

La jurisprudencia de la Corte encuentra su debido respaldo en la constitución Política, concretamente en el artículo 76, ordinales 9o. y 10o., de conformidad con los cuales corresponde al Congreso determinar la estructura de la administración nacional, regular los otros aspectos del servicio público, tales como los contemplados en los artículos 62, 132 y demás preceptos constitucionales; expedir los estatutos básicos de las entidades descentralizadas, y dictar las normas correspondientes a la carrera administrativa.

8. Proceder, pues, mediante un decreto expedido en ejercicio de las facultades conferidas al Presidente de la República por el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución (decreto reglamentario) a determinar la composición del Consejo Superior del Servicio Civil, es una conducta del gobierno que expediría sus atribuciones constitucionales, pues implica de una parte inmiscuirse en un

SALA DE CONSULTA

asunto que es de la privativa competencia del Congreso (*Ibidem*, artículo 78, ordinal 2o.) de la otra, desconocer no sólo el principio acerca del ejercicio de las funciones públicas dentro de la órbita señalada por el constituyente sino también el que concierne a la separación de las ramas u órganos del Estado (*Ibidem*, artículos 2o. y 55).

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, **conceptúa desfavorablemente** acerca del proyecto de decreto “por el cual se reglamentan los artículos 4o. de la ley 61 de 1987, 23 de la ley 13 de 1984 y 41, 45 y 53 del decreto extraordinario 2400 de 1968, en cuanto a la integración del Consejo Superior del Servicio Civil y se dictan otras disposiciones”.

Comuníquese al señor jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

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

Elizabeth Castro Reyes, secretaria de la Sala.

CARRERA ADMINISTRATIVA - Inscripción / CARRERA ADMINISTRATIVA / PLAZO / EMPLEOS - Clasificación / EMPLEADO TERRITORIAL.

La inscripción en la carrera administrativa prevista en el art. 22 de la ley 27 de 1992, puede ser solicitada únicamente por los empleados del nivel territorial que al entrar en vigencia dicha norma, 29 de diciembre de 1992, ocupen cargos que ésta incluye en la mencionada carrera. Así las personas que se vinculen después de esta fecha deberán someterse a las normas de la carrera, de suerte que si no se ha previsto la relativo a este proceso, estas vinculaciones deben ser provisionales. Los empleados que sin estar inscritos en la carrera administrativa, antes del 29 de diciembre de 1992, ejercían cargos pertenecientes a ella, mantienen su calidad de libre nombramiento y remoción mientras no se inscriban en el escalafón de la carrera administrativa. Los empleados que no llenaron los requisitos exigidos por la ley para su inscripción en la carrera, en el plazo de un año, que la misma señala, quedan como empleados de libre nombramiento y remoción, en los términos que prescribe el art. 22 *ibídem*. Sin embargo la Sala observa que, según el art. 125 de la Constitución, los empleos -no los empleados- se clasifican en de carrera, de período y de libre nombramiento y remoción. En este caso los empleos a que se refieren el artículo 22 de la ley 27 de 1992, son de carrera y por tanto transcurrido el año de gracia sin que el empleado llene los requisitos para su ingreso a la carrera, estos pueden ser removidos en cualquier tiempo.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.
Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y (1993).

SALA DE CONSULTA

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Radicación 511 Consulta sobre el alcance del artículo 22 de la ley 27 de 1992 sobre carrera administrativa.

El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública doctor Carlos Humberto Isaza Rodríguez formula a la Sala la siguiente consulta:

“El Congreso de la República, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo transitorio 21 de la Constitución Política, expidió la ley 27 de 1992, por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de personal al servicio del Estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones, cuya vigencia se inició el 29 de diciembre de 1992, fecha de su publicación en el Diario Oficial”.

En su artículo 22 dispone:

“De los requisitos para los empleos del nivel territorial. Al entrar en vigencia esta ley, los empleados del nivel territorial que por virtud de ella llegaren a desempeñar cargos de carrera administrativa de conformidad con las normas vigentes, deberán acreditar durante el año siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados en los manuales para los respectivos cargos o en las equivalencias establecidas en el Decreto 583 de 1984, Ley 61 de 1987 y Decreto Reglamentario 573 de 1988.

Quienes no acrediten los requisitos dentro de término señalado, quedarán de libre nombramiento y remoción. No obstante, si tales empleados continúan al servicio de la entidad u organismo, podrán solicitar su inscripción cuando lleguen a poseer los requisitos del cargo y los acrediten en debida forma”.

Se tiene claridad en el sentido de que este artículo dispuso un ingreso extraordinario a la carrera administrativa para aquellos empleados del orden territorial que a 29 de diciembre de 1992 se encontraban desempeñando empleos definidos por la misma ley 27 como de carrera administrativa, siempre y cuando acrediten los requisitos señalados en los manuales para el desempeño de esos cargos.

Pero el inciso segundo del mismo artículo 22 prevé que quienes no pudieren acreditar esos requisitos dentro del término de un año, quedarán -textualmente reza esta norma- de libre nombramiento y remoción.

De otra parte el artículo 19 de la misma ley ordena a las autoridades nominadoras aplicar las normas de carrera a que se refiere la citada ley 27, en un término no mayor de seis (6) meses, contado a partir de su vigencia.

De acuerdo con lo anterior y a fin de precisar el alcance del citado artículo 22, este Departamento consulta:

1. El derecho a solicitar la inscripción extraordinaria consagrado en el artículo 22 de la ley 27 de 1992 sólo sería predicable para aquellos empleados del nivel territorial que a 29 de diciembre de 1992 se encontraban ocupando empleos definidos por esta ley como de carrera? O, ¿también podría cobijar a quienes lleguen a desempeñar empleos de carrera, con posterioridad a esa fecha y con anterioridad al 28 de junio de 1993 o a la fecha de vigencia del decreto reglamentario del artículo 22 que debe expedirse para posibilitar ese ingreso extraordinario a la carrera administrativa?

2. Al señalar el citado artículo 22 que quedarán de libre nombramiento y remoción quienes no acrediten los requisitos para el desempeño de los empleos y su consiguiente inscripción en el escalafón de la carrera administrativa, dentro del término de un año, ¿podría concluirse que durante ese mismo término éstos empleados deberán tener un tratamiento diferente al de los de libre nombramiento y remoción; esto es, que gozan de una relativa estabilidad en esos empleos, sin perjuicio de que puedan ser retirados del servicio por violación al régimen disciplinario o por supresión de los empleos, en caso de reestructuración de la entidad; o por el contrario, pueden ser declarados insubsistentes en cualquier momento antes de ser inscritos en el escalafón de la carrera?

La Sala Considera:

1) El artículo 125 de la Constitución Nacional claramente determina que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera”, se exceptúan los empleos “de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”.

2) Con fundamento en la citada norma el Congreso expidió la ley 27 de 1992, por la cual se expiden normas sobre administración de personal al servicio del Estado.

En el artículo 1o. se define la carrera administrativa como “un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia

SALA DE CONSULTA

de la administración pública y ofrecer a todos los Colombianos igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad en sus empleos y la posibilidad de ascender en la carrera ...” (Subraya la Sala).

3) El artículo 2o. *ibidem* prevé que las disposiciones sobre administración de personal civil que presta sus servicios en la Rama Ejecutiva se hace extensivo a los niveles nacional, departamental, distrital diferentes al distrito capital, municipal y sus. entidades descentralizadas, incluyendo a las Asambleas Departamentales, concejos municipales y distritales y a las juntas administradoras locales, excepto las unidades de apoyo que requieran los diputados y concejales.

4) De otro lado, el artículo 19 de la citada ley, establece un término máximo de seis meses, contados a partir de la vigencia de la misma, para que los funcionarios nominadores den aplicación a las normas de carrera, sin embargo mientras se da cumplimiento a esta disposición, regirán las normas que venían regulando la materia.

5) En armonía con el citado artículo 19 de la ley 27 de 1992, el artículo 20 *ibidem*, ordena que las entidades territoriales deberán expedir los manuales de funciones y de requisitos de sus respectivos empleos, en orden a implementar la carrera administrativa, dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de dicha ley. Además dentro de este mismo término el gobierno nacional debe reglamentar el trámite para la inscripción en la carrera.

6) Con el objetivo de complementar las mencionadas disposiciones, el artículo 22 *ibidem* prevé que “**al entrar en vigencia esta ley**”, los empleados del nivel territorial que por virtud de ella llegaren a desempeñar cargos de carrera administrativa de conformidad con las normas vigentes, deberán acreditar dentro del año siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados en los manuales para los respectivos cargos o en las equivalencias establecidas en el decreto 583, ley 61 de 1987 y decreto reglamentario 573 de 1988.

Quienes no acrediten los requisitos dentro del término señalado, quedarán de libre nombramiento y remoción...” (Subraya la Sala)

7) Las disposiciones mencionadas tienden a hacer efectiva la aplicación de la carrera administrativa en todas las entidades de la Rama Ejecutiva en sus diferentes niveles, para lo cual se establece un término máximo de seis meses a partir de la vigencia de la ley.

Como el objetivo primordial de este sistema es el de obtener un servicio más eficiente, vinculando en los diferentes empleos públicos a las personas mejor calificadas y, como la ley examinada no regula la inscripción automática

en el escalafón de la carrera, no puede entenderse que las personas que venían vinculadas a las entidades administrativas cuando entró a regir dicha ley, hayan adquirido el carácter de empleados de carrera, porque, éste solo se alcanza cuando se acrediten las calidades señaladas en las respectivas normas, dentro del año siguiente y, se efectúe la correspondiente inscripción en el escalafón.

Así las cosas, la disposición del inciso 2o. del artículo 22 de la citada ley 27 de 1992, que consagra que quienes no acrediten las calidades y requisitos dentro del término señalado de seis meses, contado a partir de la Vigencia de dicha ley, quedarán de libre nombramiento y remoción, no está reconociendo la calidad de empleados de carrera a quienes venían vinculados a las entidades territoriales por la sola expedición de la ley y, que solo cuando se establezca que no reúnen las calidades exigidas en las normas, quedarán de libre nombramiento y remoción porque no obtuvo la inscripción respectiva en el escalafón de la carrera administrativa, es decir que la norma, fija un término perentorio para que los empleados interesados en escalafonarse se apresuren a obtener las pruebas necesarias y las entreguen a los funcionarios competentes para que dentro del menor tiempo posible se lleve a cabo el escalafonamiento y entre en pleno vigor la carrera administrativa.

De este modo, es claro y obvio que a pesar de que los empleados públicos del servicio de las entidades territoriales no tengan el carácter de servidores de carrera pueden mantenerse en sus empleos mientras cumplan de manera eficaz con sus deberes y obligaciones.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala responde los interrogantes formulados por le señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, de la siguiente forma:

1) La inscripción en la carrera administrativa prevista en el artículo 22 de la ley 27 de 1992, puede ser solicitada únicamente por los empleados del nivel territorial que al entrar en vigencia dicha norma, 29 de diciembre de 1992, ocupen cargos que ésta incluye en la mencionada carrera. Así las personas que se vinculen después de esta fecha deberán someterse a las normas de la carrera, de suerte que si no se ha previsto lo relativo a este proceso, estas vinculaciones deben ser provisionales.

2) Los empleados mencionados en la pregunta, que sin estar inscritos en la carrera administrativa, antes del 29 de diciembre de 1992, ejercían cargos pertenecientes a ella, mantienen su calidad de libre nombramiento y remoción mientras no se inscriban en el escalafón de la carrera administrativa.

SALA DE CONSULTA

Los empleados que no llenaron los requisitos exigidos por la ley para su inscripción en la carrera, en el plazo de un año, que la misma señala, quedan como empleados de libre nombramiento y remoción, en los términos que prescribe el artículo 22 ibidem. Sin embargo la Sala observa que, según el artículo 125 de la Constitución, **los empleos -no los empleados- se clasifican en de carrera, de período y de libre nombramiento y remoción.** En este caso los empleos a que se refiere el artículo 22 de la ley 27 de 1992, son de carrera y por tanto transcurrido el año de gracia sin que el empleado llene los requisitos para su ingreso a la carrera, **estos pueden ser removidos en cualquier tiempo.**

Expídase copia al señor Director de la Fundación Pública y al Señor Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente de la sala; Javier Henao Hidrón, Jaime Betancurt Cuartas, Roberto Suárez Franco.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada la publicación con oficio No. 03458 del 17 de mayo de 1993.

**SISTEMA NACIONAL DE SALUD/CARRERA ADMINISTRATIVA
- Régimen aplicable / PLANTA DE PERSONAL - Régimen aplicable
/ SECTOR TERRITORIAL**

La carrera administrativa en los diversos niveles del Servicio Nacional de Salud, subsector oficial, se rige hoy en día por las disposiciones contenidas en el decreto-ley 694 de 1975, con las precisiones y modificaciones que traen la Ley 61 de 1987 “por la cual se expiden normas sobre la carrera administrativa y se dictan otras disposiciones” y la Ley 10 de 1990, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de esta última norma legal. En cuanto a la administración de personal en el subsector oficial del Sector Salud, en el orden nacional (ministerio de Salud y entidades descentralizadas que prestan servicios de salud, excepto las adscritas al Ministerio de Defensa), el régimen aplicable es el dispuesto en el Decreto-Ley 694 de 1975 con las precisiones y modificaciones introducidas por la Ley 10 de 1990. Empero, para el nivel territorial y a falta de un sistema específico de administración de personal (por cuanto el existente perdió vigencia de conformidad con lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley 10 de 1990), a sus empleados resulta procedente aplicarles las disposiciones generales contenidas en los decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968, en el Decreto 1950 de 1973.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Javier Henao Hidrón.*

SALA DE CONSULTA

Referencia: Consulta sobre las normas aplicables a la administración del personal civil vinculado en el orden territorial al subsector oficial del Sector Salud. Radicación número 512.

El director del Departamento Administrativo de la Función Pública, doctor Carlos Humberto Isaza Rodríguez, formula a la Sala la consulta que está concebida en los siguientes términos textuales:

El decreto-ley 694 de 1975, reglamentado por el decreto 1468 de 1979, establece el estatuto de administración de personal del sistema nacional de salud.

En su artículo 1o., al definir su campo de aplicación, prescribe :

“**Artículo 1o.** El presente decreto regula la administración de personal de los organismos de dirección del sistema nacional de salud, de las entidades creadas o autorizada su creación, por ley de la república, ordenanza departamental, acuerdo municipal, intendencial, comisarial o distrital, que presta servicios de salud, inclusive los de la seguridad social y de las dependencias de otras entidades del sector público que prestan servicios de atención médica.

Se exceptúan las dependencias del Ministerio de Defensa Nacional que presten servicios de atención médica”.

Por su parte, el artículo 5 de la ley 10 de 1990, por la cual se reorganiza el sistema nacional de salud, integra el sector salud así:

- a. El subsector oficial, al cual pertenecen todas las entidades públicas que dirijan o presten servicios de salud y, específicamente las entidades descentralizadas directas o indirectas del orden nacional.
- b. Las entidades descentralizadas directas o indirectas, del orden departamental, municipal, distrital o metropolitano o las asociaciones de municipios.
- c. Las dependencias directas de la Nación o de las entidades territoriales, entre otros.

El artículo 27 de la citada ley 10 de 1990 titulado “Régimen de Carrera Administrativa” establece que “a los empleos de carrera administrativa de la Nación, de las entidades territoriales y de las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo, para la organización, administración y prestación de los servicios de salud, se aplicará el régimen previsto en la ley 61 de 1987 y

en el decreto 694 de 1975, incluidas las normas sobre calificación de servicios, en cuanto sea compatible con dicha ley y con lo previsto en la presente”.

A su vez, el artículo 52 *ibidem* al establecer la vigencia de la ley 10, reza textualmente: “La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación. Deroga expresamente los decretos extraordinarios 350, 356 y 526 de 1975 y todas las disposiciones legales que sean contrarias. Reforma, en lo pertinente a las disposiciones legales sobre el situado fiscal. El decreto extraordinario 694 de 1975 queda igualmente modificado, por cuanto sus disposiciones se aplicarán al Ministerio de Salud y a las entidades descentralizadas del orden nacional que prestan servicios de salud, excepto las adscritas al Ministerio de Defensa, y sus normas referentes a la carrera administrativa se continuarán aplicando en los términos del artículo 27 de esta ley”.

De la lectura de esta última disposición transcrita se concluye que los empleados del subsector oficial del sector salud del orden territorial, tanto de libre nombramiento y remoción como de carrera administrativa, carecen de régimen de administración de personal que regule aspectos distintos de los de carrera administrativa y calificación de servicios, tales como situaciones administrativas, causales de retiro del servicio, entre otros”.

Ante esta situación, se consulta por este Departamento, si para esos efectos les serían aplicables las disposiciones que regulan la administración del personal civil al servicio del Estado, contenidas en los decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968, el decreto reglamentario 1950 de 1973 y la ley 27 de 1992.

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

I. El Servicio Nacional de Salud: Estatuto de personal y carrera administrativa.-

Con el fin de establecer un régimen de administración de personal, uniforme, flexible y adaptable a las características propias de los organismos, instituciones, entidades y agencias que conforman el Servicio Nacional de Salud, **en sus diferentes niveles**, el Gobierno, en ejercicio de las facultades extraordinaria conferidas por la ley 9a. de 1973 y mediante el decreto 694 de 1975 (abril 14), expidió el Estatuto de Personal para el Sistema Nacional de Salud, con excepción de las dependencias del Ministerio de Defensa Nacional que prestan servicios de atención médica.

Obviamente, el Estatuto reguló asuntos tales como el ingreso al servicio, los derechos, deberes y prohibiciones de los funcionarios al servicio del Sistema

SALA DE CONSULTA

Nacional de Salud, el régimen disciplinario, las situaciones administrativas, la calificación de servicios, las promociones y traslados, y el retiro del servicio.

El mencionado decreto estableció también la carrera administrativa para los organismos de dirección del Servicio Nacional de Salud, así como para las entidades creadas, o autorizada su creación, por ley de la República, ordenanza departamental, acuerdo municipal, intendencia, comisarial o distrital, que prestan servicios de salud, inclusive los de la seguridad social, y para las dependencias de otras entidades del sector público que prestan servicios de atención médica. Solamente exceptuó las dependencias del Ministerio de Defensa Nacional que prestan servicios de esta última naturaleza.

Como complemento, el decreto dispuso que la dirección de la carrera administrativa y el escalafonamiento de los funcionarios en la misma corresponde al Departamento Administrativo del Servicio Civil (hoy Departamento Administrativo de la Función Pública); la implantación y control conjuntamente a éste y el Ministerio de Salud, y la ejecución de las normas sobre esta materia a los organismos y entidades del Servicio Nacional de Salud. (Título décimo segundo, arts. 89 a 95).

II. Variaciones introducidas por la ley 10 de 1990.-

El Congreso de Colombia, por medio de la ley 10 de 1990 (enero 10), reorganizó el Servicio Nacional de Salud.

En relación con los **empleos de carrera administrativa** de la Nación, de las **entidades territoriales** y de las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo, para la organización, administración y prestación de los **servicios de salud**, la ley citada determinó con precisión que el régimen aplicable sería el contenido en el decreto-ley 694 de 1975, incluidas las normas sobre calificación de servicios, siempre que fuese compatible con la ley 61 de 1987 "y con lo previsto en la presente". (*Ibidem*, art. 27).

Así mismo, en su último artículo - el 52 -, en el cual reguló lo relativo a su vigencia y la derogación de normas preexistentes, la ley en referencia preceptuó que el decreto extraordinario 694 de 1975 quedaba modificado, por cuanto sus disposiciones se aplicarán al Ministerio de Salud y a las entidades descentralizadas del **orden nacional** que prestan servicios de salud, excepto las adscritas al Ministerio de Defensa. Expresamente determinó, además, que las normas de dicho decreto, referentes a la carrera administrativa, "se continuarán aplicando en los términos del artículo 27 de esta Ley".

De esa manera, el decreto-ley 694 de 1975, perdió su carácter regulador

de todo el sistema sobre administración de personal en el subsector oficial del Sector Salud. Efectivamente, a partir de la fecha de vigencia de aquella norma, sus disposiciones dejaron de regir en dicho subsector para el nivel territorial, que hoy en día comprende los departamentos, distritos y municipios. Tal es la consecuencia lógica que se desprende del mandato expreso del art. 52 de la ley 10 de 1990, que limitó la cobertura del decreto ya citado, haciéndolo aplicable únicamente al Ministerio de Salud y a las entidades descentralizadas del orden nacional que prestan servicios de salud. Empero, no ocurrió lo mismo en relación con la carrera administrativa, la cual mantuvo sus efectos generales, de conformidad con la clara intención del legislador, expresada en el art. 27, *ibidem*.

Por lo demás, la ley en referencia distinguió en el Sector Salud a los dos subsectores que lo integran, a saber:

1. El subsector oficial, al cual pertenecen todas las entidades públicas que dirijan o presten servicios de salud. Y,
2. El subsector privado, conformado por todas las entidades o personas privadas que presten servicios de salud. (*ibidem*, art. 5o.).

III. La administración de personal y la carrera administrativa, según la ley 27 de 1992.-

La ley 27 de 1992 (diciembre 23) fue dictada por el Congreso de la República con el propósito de dar desarrollo al art. 125 de la Constitución Política, que enuncia el principio según el cual "Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley", y expedir normas sobre administración de personal al servicio del Estado.

Dicha ley dispone en su art. 2o., respecto del régimen de administración de personal civil que presta sus servicios en la Rama Ejecutiva, que su regulación está contenida en las siguientes disposiciones:

... los decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968, la ley 13 de 1984 y la ley 61 de 1987, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen.

Agrega el art 2o. mencionado, que tales disposiciones son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismos de los niveles nacional, departamental, municipal y sus institutos descentralizados, en las asambleas departamentales, en los concejos municipales y distritales y

SALA DE CONSULTA

en las juntas administradoras locales, excepto las unidades de apoyo que requieran los diputados y concejales. Igualmente son aplicables a los distritos, diferentes al Distrito Capital, por cuanto en Bogotá rigen las disposiciones contenidas en el Acuerdo 12 de 1987, expedido por su Concejo Distrital, y las normas reglamentarias del mismo, "en todo aquello que esta ley no modifique o regule expresamente".

Del mismo modo y por prescripción de la citada ley (art.2o. Inciso tercero), las entidades y sectores del Estado con **carreras especiales o sistemas específicos de administración de personal**, continuarán rigiéndose por las normas vigentes para ellos consagradas en la Constitución y la ley.

IV. Conclusiones.- La carrera administrativa en los diversos niveles del Servicio Nacional de Salud, subsector oficial, se rige hoy en día por las disposiciones contenidas en el decreto-ley 694 de 1975, con las precisiones y modificaciones que traen la ley 61 de 1987 "por la cual se expiden normas sobre la carrera administrativa y se dictan otras disposiciones" y la ley 10 de 1990, de conformidad con lo dispuesto en el art. 27 de esta última norma legal.

En cuanto a la administración de personal en el subsector, oficial del Sector Salud, en el **orden nacional** (Ministerio de Salud y entidades descentralizadas que prestan servicios de salud, excepto las adscritas al Ministerio de Defensa), el régimen aplicable es el dispuesto en el decreto-ley 694 de 1975 con las precisiones y modificaciones introducidas por la ley 10 de 1990. Empero, para el **nivel territorial** y a falta de un sistema específico de administración de personal (por cuanto el existente perdió vigencia de conformidad con lo dispuesto por el art. 52 de la ley 10 de 1990), a sus empleados resulta procedente aplicarles las disposiciones generales contenidas en los decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968, en el decreto 1950 de 1973 -reglamentario de aquéllos- y en la ley 27 de 1992.

Transcribase, en sendas copias auténticas, al director del Departamento Administrativo de la Función Pública y al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón, Roberto Suárez Franco.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

**FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA /
DIRECCION NACIONAL DE PRISIONES - Fusión / INSTITUTO
NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - Funciones /
SERVICIO PUBLICO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA /
BIENES FISCALES -Traslado / RAMA JUDICIAL / CONSEJO
SUPERIOR DE LA JUDICATURA / FISCALIA GENERAL DE LA
NACION / PERSONERIA JURIDICA - Inexistencia / NACION -
Representación / BIENES INMUEBLES / PUBLICA - Inscripción**

El traspaso que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario debe hacer a la Nación -Consejo Superior de la Judicatura y Fiscalía General de la Nación, de los bienes inmuebles que le corresponde de acuerdo con sus competencias, se debe realizar mediante acta suscrita por el representante legal de este instituto y por los funcionarios competentes de las entidades judiciales mencionadas, de conformidad con el decreto-ley 2160 de 1992. Copia auténtica del acta deberá publicarse en el Diario Oficial e inscribirse en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de ubicación de cada uno de los inmuebles. Como el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia y la Dirección General de Prisiones, se fusionaron en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, que les sustituyó para todos los efectos legales, los bienes de esas entidades serán traspasados por el nuevo instituto al Consejo Superior de la Judicatura y a la Fiscalía General de la Nación, mediante el procedimiento señalado en el numeral anterior, y conservará los afectados a su patrimonio.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.
Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

SALA DE CONSULTA

Radicación 519. Consulta formulada por el Ministerio de Justicia y del Derecho sobre el trámite aplicable al traspaso de los bienes a la Nación - Consejo Superior de la Judicatura y Fiscalía General de la Nación-, por parte del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

El Señor Ministro de Justicia y del Derecho ha formulado a la Sala la siguiente consulta :

“Con la expedición de la nueva Constitución y posteriormente de algunos decretos en desarrollo de la misma, se crearon nuevos entes, a los cuales para su debido funcionamiento, les fueron asignados, entre otros, bienes que se hallaban en cabeza de otras entidades”.

Es así como al Consejo Superior de la Judicatura deben ser traspasados aproximadamente cien (100) inmuebles ubicados en diferentes zonas del país. Igualmente otros bienes deberán pasar a la Fiscalía General de la Nación.

Sobre el particular, se encuentran las siguientes disposiciones:

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”, en su Capítulo Séptimo que trata “Del presupuesto”, artículo 23, parágrafo, dispone:

“Todos los bienes del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia adquiridos para la Rama Judicial pasarán a la Nación-Consejo Superior de la Judicatura en un plazo máximo de dos años, sin perjuicio de los bienes que por este mismo concepto deban pasar a la Fiscalía General de la Nación”.

A su vez el decreto 2699 del 30 de noviembre de 1991, “Por el cual se expide el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación”, en su título X, que trata “de los recursos de la Fiscalía General de la Nación” Art. 156 dispone: “Forma parte de los recursos de la Nación administrados por la Fiscalía General de la Nación” lo siguiente:

3. “Los bienes muebles e inmuebles que tengan en propiedad, posesión o tenencia las entidades del orden Nacional que se incorporan a la Fiscalía. El traspaso o cesión será hecho en estas mismas calidades por las entidades públicas que sean propietarias o administren los bienes, dentro del año siguiente a la fecha de vigencia de este Decreto”.

Así mismo, el Decreto 2160 del 30 de diciembre de 1992, "por el cual se fusiona la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia con el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia" dispone:

"ARTICULO 33: Sustitución. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario sustituirá, para todos los efectos legales, a la Dirección Nacional de Prisiones del Ministerio de Justicia y al Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia".

"ARTICULO 35: Traspasos. En el término de seis (6) meses contados a partir de la publicación del presente decreto, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario traspasará al Consejo Superior de la Judicatura y a la Fiscalía General de la Nación los bienes inmuebles de su propiedad que correspondan, de conformidad con el artículo 34, distribuyéndolos de acuerdo con la competencia de cada entidad..."

Consideradas las disposiciones transcritas y dado que el traspaso de los bienes tiene su origen en la ley, no obra acuerdo previo de voluntades, no se requiere avalúo, ni acuerdo de precio alguno, el propietario inicial y final es la misma Nación, se pregunta:

¿ Tratándose simplemente de la ejecución de un mandato legal, podría cumplirse con la expedición de un acto administrativo que posteriormente sea sometido a registro, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2o. del Decreto 1250 de 1970, que reza: "Están sujetos a registro:

1. Todo acto, 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 bienes raíces, salvo la cesión del crédito hipotecario o prendario.

2...

3...

4. Los actos, contratos y providencias que dispongan la Cancelación de las anteriores inscripciones"?

Dando cumplimiento de esta forma a la tradición del dominio de los bienes inmuebles, tal como lo establece en su parte pertinente el artículo 675 del Código Civil al señalar:

SALA DE CONSULTA

“Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos”.

Pudiéndose concluir que el traspaso de los bienes inmuebles en cumplimiento de una disposición legal, es procedente mediante un acto administrativo, inscribible en las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos correspondientes a los lugares de su ubicación, siendo requisitos mínimos del acto, la indicación de los elementos necesarios para la identificación del inmueble, como son, su cédula catastral, su nomenclatura, por el paraje o localidad donde se encuentren ubicados, sus linderos y datos de su registro.

O por el contrario, ¿deberá realizarse mediante escritura pública, según lo contemplado en el artículo 12 del decreto 960 de 1970 en concordancia con el artículo 54 del Decreto 222 de 1983?

La Sala considera:

1.) Los bienes fiscales que administran los establecimientos públicos, son bienes nacionales que han ingresado al patrimonio de estas entidades descentralizadas con una destinación especial, dirigida a la prestación de un servicio público; así, en el asunto que es objeto de consulta, los bienes del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, han sido destinados para el funcionamiento de organismos pertenecientes a la Rama Judicial.

2.) El Fondo Rotatorio del Ministerio de justicia se fusionó con la Dirección Nacional de Prisiones, por disposición del decreto-ley 2160 de 1992 y así surgió una entidad denominada Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, que tendrá como objetivo principal ejecutar y desarrollar la política penitenciaria y carcelaria del Estado, lo cual permite deducir que este nuevo establecimiento público cumplirá funciones distintas a las de administración de justicia, por lo mismo, los bienes fiscales destinados a este servicio público esencial deben ser trasladados a las entidades que manejen lo relativo a la Rama Judicial, y, los que administraba el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia para el sector penitenciario y carcelario deben ser trasladados al Instituto que le compete cumplir con estas funciones. Cabe observar que, según la Constitución Nacional y las disposiciones legales vigentes, las entidades a las cuales se les asignarán los bienes para el funcionamiento de la rama judicial, son el Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía General de la Nación, organismos que por no tener personería jurídica actúan a nombre de la Nación, que por esta razón ostenta el dominio de los bienes afectados.

3.) En este orden de ideas, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, según el artículo 35 del decreto 2160 de 1992, debe devolver a la

Nación -Consejo Superior de la Judicatura y Fiscalía General de la Nación- los inmuebles que correspondan de acuerdo con las competencias de cada una de estas entidades.

4.) Como se indicó, la Nación es la propietaria de los bienes de los establecimientos públicos que, simplemente se distribuyen entre estas entidades descentralizadas para facilitar el uso y su administración.

De la afectación de cada uno de los bienes inmuebles entregados a las distintas entidades del orden nacional debe existir una historia, una cadena de titulación, con el objeto de que se pueda demostrar su dominio, su disposición, bien sea para oponerse o para enajenarlos a terceros particulares.

5.) De este modo, según las normas legales vigentes, existen formalidades que se deben cumplir en orden a demostrar el dominio y la disposición de los inmuebles, las cuales deben ser observadas siempre, ya se trate de bienes públicos o de bienes privados.

Así, en primer término, cuando se lleva a cabo un negocio jurídico como la compraventa de inmuebles, se tiene que otorgar una escritura pública para perfeccionar el contrato y, en segundo lugar, hacer la inscripción del título en el Registro de instrumentos públicos para efectuar la tradición.

Pero cuando no existe negocio jurídico, sino el cumplimiento de una disposición legal, como es el caso consultado, no es necesario otorgar escritura pública porque el título está contenido en el decreto-ley 2160 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional con base en las facultades otorgadas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional y requiere, para su cumplimiento, la distribución o afectación de los bienes **mediante acta suscrita por los funcionarios competentes**, en la que se especifiquen en forma legal los bienes correspondientes. Copia auténtica del acta deberá ser publicada en el Diario Oficial e inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del lugar de ubicación de cada inmueble.

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala responde los interrogantes formulados por el Señor Ministro de Justicia y del Derecho, en los siguientes términos:

1.) **El traspaso** que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario debe hacer a la Nación- Consejo Superior de la Judicatura y Fiscalía General de la Nación, de los bienes inmuebles que les corresponde de acuerdo con sus competencias,

SALA DE CONSULTA

se debe realizar mediante acta suscrita por el representante legal de este Instituto y por los funcionarios competentes de las entidades judiciales mencionadas, de conformidad con el decreto-ley 2160 de 1992.

Copia auténtica del acta deberá publicarse en el Diario Oficial e inscribirse en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la ubicación de cada uno de los inmuebles.

2.) Como el Fondo Rotatorio del Ministerio de justicia y la Dirección General de Prisiones, se fusionaron en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, que les sustituyó para todos los efectos legales, los bienes de esas entidades serán traspasados por el nuevo Instituto al Consejo Superior de la Judicatura y a la Fiscalía General de la Nación, mediante el procedimiento señalado en el numeral anterior, y conservará los afectados a su patrimonio.

Queda así absuelta la consulta formulada por el Señor Ministro de Justicia y del Derecho, doctor Andrés González Díaz.

Transcríbase en sendas copias al Señor Ministro de Justicia y del Derecho y al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente de la sala; Javier Henao Hidrón, Jaime Betancur Cuartas, Roberto Suárez Franco.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

**UNIVERSIDAD DEL VALLE / TRABAJADOR OFICIAL /
PREMIOS SINDICALES**

las estipulaciones acordadas entre la Universidad del Valle y el Sindicato de Trabajadores en la convención colectiva, respecto de permisos sindicales son legales y su vigencia será igual a la duración de la convención colectiva, a la cual se le debe aplicar en materia de plazos y prórrogas los artículos 447 y 448 del Código Sustantivo del Trabajo.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.
Santa Fe de Bogotá D.C., quince (15) de junio de mil novecientos noventa y tres (1989).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta RAD No. 296. Universidad del Valle. Permisos Sindicales legalidad y vigencia.

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

La Universidad del Valle, es un establecimiento público descentralizado, de carácter académico, del orden departamental, que para regular las relaciones obrero-patronales con el Sindicato de Trabajadores Oficiales de la Universidad del Valle -SINTRAUNIVALLE- ha venido celebrando anualmente **Convenciones Colectivas de Trabajo**. Dentro de esas Convenciones, se han acordado puntos **relativos a Garantías Sindicales**, entre los cuales se encuentra lo tocante a Permisos Sindicales, tales como:

SALA DE CONSULTA

1. **PERMISOS TEMPORALES**, para los miembros que la Organización pactante estime conveniente, sin que se hayan establecido límites en cuanto el número de personas y días a conceder, incluyéndose en este punto, el otorgamiento de permisos colectivos para Asambleas Ordinarias y Extraordinarias, Motines, Asambleas Permanentes, programados por el Sindicato, que afectan el normal cumplimiento de las labores rutinarias.

2. **PERMISOS PERMANENTES**, para dos miembros del Sindicato, nombrados por la Junta Directiva, con el tiempo completo y el ciento por ciento (100%) de su salario.

3. **PERMISO PERMANENTE**, para un miembro del Sindicato que resulta elegido miembro activo de una Organización Sindical de segundo o tercer grado, por períodos de un (1) año y renovables, con el ciento por ciento (100%) de su salario y viáticos permanentes.

4. **PERMISOS PARA REUNIONES NACIONALES O REGIONALES DE TIPO SINDICAL**, por el tiempo que dure estos eventos y dos días más, para cuatro delegados, más pasajes y viáticos.

No existe limitación en cuanto el número de reuniones a que puedan asistir.

5. **PARA CAPACITACION SINDICAL**, doce permisos sindicales por año para participar en tres cursos, a cada uno de los cuales podrán asistir hasta cuatro trabajadores.

Estos permisos tienen una duración de cuarenta y cinco (45) días por cada trabajador, concediéndose adicionalmente viáticos.

6. **PARA REUNIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA DEL SINDICATO**, una vez por semana. La Junta Directiva del Sindicato de Trabajadores está compuesta por diez personas entre Principales y Suplentes.

SE CONSULTA :

1. ¿Son legales y vigentes los puntos que sobre Permisos Sindicales ha pactado en Convención Colectiva la Universidad del Valle y el Sindicato de Trabajadores ?

2. ¿Cuál es el régimen que se aplicaría a estos casos ?

LA SALA CONSIDERA:

1. Los servidores del Estado se clasifican en empleados públicos y trabajadores oficiales: los primeros vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria, y los segundos vinculados mediante contrato de trabajo. Esta clasificación determinada por el decreto-ley 3135 de 1968 se aplica en los órdenes nacional, departamental y municipal. El artículo 5° de este decreto dispone que “en los estatutos de los establecimientos públicos se precisará que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo”.

2. Las prestaciones sociales de los servidores departamentales y municipales, al igual que otras entidades territoriales, deben ser determinadas por disposiciones legales dictadas por el Congreso de la República, o por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias (ordinales 10° y 12, artículo 76 Constitución Nacional). De ninguna manera corresponde a las asambleas departamentales o a los concejos municipales la atribución de regular lo relativo a dichas prestaciones sociales, toda vez que, los artículos 187 y 197 de la Carta Política no confieren esta atribución a los mencionados organismos.

3. **Los trabajadores oficiales** al servicio del Estado, a diferencia de los empleados públicos gozan de las siguientes condiciones laborales: están vinculados a la administración por un contrato de trabajo; pueden formar sindicatos, con excepción de los integrantes de las fuerzas armadas; dichos sindicatos pueden presentar pliegos de condiciones; como resultado del arreglo directo los sindicatos de trabajadores oficiales pueden firmar convenciones colectivas; las prestaciones establecidas por normas legales constituyen el mínimo de derechos y garantías consagradas a favor de los trabajadores oficiales.

4. De manera que, como **los trabajadores oficiales**, a diferencia de los empleados públicos, tienen derecho a la celebración de convenciones colectivas, sus condiciones de trabajo, entre ellas sus prestaciones, pueden ser determinadas convencionalmente, y modificadas sólo por otra convención, o por la ley. En estos aspectos los trabajadores oficiales se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo en lo relativo al Derecho Colectivo.

5. Así como ocurre con los trabajadores del sector privado, los trabajadores oficiales pueden acordar con la administración las condiciones generales de trabajo mediante las convenciones colectivas, en las cuales se pueden efectuar estipulaciones relacionadas con los permisos sindicales bien sean temporales, permanentes, para capacitación sindical, para reuniones nacionales o regionales,

SALA DE CONSULTA

puesto que, como se indicó, a estas deliberaciones y acuerdos se les aplica el Código Sustantivo del Trabajo. La administración no contraría la normatividad jurídica por permitir estipulaciones que contengan prestaciones o garantías extralegales para los trabajadores oficiales, porque como lo dispone el artículo 7 del Decreto 1848 de 1969, a estos servidores se les aplicará las garantías mínimas, sin perjuicio de lo que solamente para ellos establezcan las convenciones colectivas o laudos arbitrales, que se hayan celebrado de conformidad con las normas legales que regulan el Derecho Colectivo del Trabajo.

6. EN CONCLUSION, y con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala conceptúa que las estipulaciones acordadas entre la Universidad del Valle y el Sindicato de Trabajadores en la convención colectiva, respecto de permisos sindicales son legales y su vigencia será igual a la duración de la convención colectiva, a la cual se le debe aplicar en materia de plazos y prórrogas los artículos 447 y 448 del Código Sustantivo del Trabajo:

En los términos anteriores, La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado **ABSUELVE** la consulta formulada a esta Corporación por el señor Ministro de Educación Nacional, doctor Manuel Francisco Bécerra Barney.

Transcribábase en copia auténtica al Ministro de Educación Nacional, y a la Secretaría jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Levantada la reserva el 26 de octubre de 1993

**BIEN INMUEBLE RURAL / ENAJENACION - Régimen aplicable /
BIEN INMUEBLE RURAL - Finalidad / ENTIDAD PUBLICA**

El art. 33 de la ley 9a. de 1989 se refiere a todos los inmuebles de las entidades públicas, urbanos, suburbanos y rurales. Además concede un plazo de cinco años, contados desde su promulgación, o desde la fecha de adquisición del inmueble, si se efectuó o realiza con posterioridad a su vigencia, para aplicarlo a la finalidad con que fue adquirido. De lo contrario se lo debe enajenar. Los arts. 146 y 147 del Decreto-Ley 222 de 1983 son aplicables -salvo excepción legal- a las ventas y permutas de inmuebles que realicen las entidades públicas por causa o motivos distintos del prescrito con carácter especial, por el art. 33 de la ley 9a. de 1989.

Autorizada la publicación con oficio No 15046 del 19 de mayo de 1993

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.

Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta relacionada con enajenación de inmuebles de propiedad de la Nación, ubicados en zonas rurales.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

“Respetuosamente me dirijo a ustedes, a fin de que se emita concepto sobre la normatividad aplicable para la enajenación de inmuebles, de propiedad de La Nación, ubicados en zonas rurales.

SALA DE CONSULTA

1.- Debe entenderse que el procedimiento establecido en los artículos 33 y siguientes de la Ley 9a. de 1989 y sus decretos reglamentarios, en especial el Decreto 1134 del 7 de julio de 1992, se aplica exclusivamente para la enajenación de inmuebles ubicados en zonas urbanas y suburbanas, siempre y cuando no se hubieren destinado a los fines para los cuales fueron adquiridos, en los términos de las normas citadas?

2.- Debe entenderse que el procedimiento descrito en los artículos 147 y siguientes del Decreto Ley 222 de 1983 es aplicable exclusivamente para la enajenación de inmuebles que no se encuentren en las condiciones del artículo 1o. del Decreto Reglamentario 1134 de 1992, así como, para la enajenación de inmuebles ubicados en zonas rurales?

3.- Por lo anterior, debemos entender que las entidades públicas no están obligadas a vender los inmuebles rurales de su propiedad que no hayan sido destinados a los fines para los cuales fueron adquiridos?."

LA SALA CONSIDERA:

1°) Como expuso en concepto de 12 de junio de 1989, las enajenaciones de inmuebles que se efectúen con fundamento en el artículo 33 de la Ley 9a. de 1989, con excepción de las determinadas por el artículo 36 de la misma ley, requieren que el precio de los inmuebles, a que se refieren las mencionadas disposiciones, se determine mediante avalúos que debe efectuar el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

2°) Según el artículo 33, inciso 4°, de la Ley 9a. de 1989, "los municipios, las áreas metropolitanas y la Intendencia de San Andrés y Providencia -hoy departamento- enajenarán sus inmuebles mediante el procedimiento previsto en sus propios códigos fiscales o normas equivalentes". Pero, en defecto de tales disposiciones, se deben aplicar las de la Ley 9a. de 1989. El artículo 33, ordinal 4°, de esta misma ley agrega que "todas las demás entidades públicas enajenarán dichos bienes mediante el procedimiento de la licitación pública, salvo cuando se trate de la venta a los propietarios anteriores o cuando el precio base de la negociación sea inferior a trescientos (300) salarios mínimos legales".

3°) Los propietarios anteriores que, según el artículo 34, inciso 3°, de la Ley 9a. de 1989, son "quienes hubieren transferido el dominio de sus inmuebles a la entidad pública", tienen "derecho preferencial" a adquirirlos, dentro del término que al efecto la ley determina, "por el avalúo administrativo especial que fije el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o la entidad que cumpla sus funciones".

4°) El artículo 36 de la Ley 9a. de 1989 prescribe los casos de excepción, en los cuales las entidades públicas pueden vender sus bienes sin licitación pública y sin que el precio de ellos deba establecerse mediante avalúo realizado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Estos casos de excepción, que son de restrictiva interpretación, consisten en las enajenaciones a otras entidades públicas; a entidades sin ánimo de lucro, siempre que medie autorización de los respectivos gobernadores o alcaldes, pero sujetas “a condición resolutoria de dominio en el evento de que se de a los inmuebles un uso o destinación distinto (sic) al autorizado”; si se trata de inmuebles de empresas industriales y comerciales del Estado o de sociedades de economía mixta “adquiridos por la vía del remate, adjudicación o dación en pago”; las ventas a los anteriores propietarios, como antes se indico, siempre que paguen el valor de impuesto predial, las cargas complementarias y las contribuciones de valorización que se hubieran causado “desde el momento de la anterior enajenación” y las ventas singulares o individuales, correspondientes a programas “de construcción de viviendas, oficinas y locales” que formen parte de conjuntos residenciales, y a programas de “renovación urbana”.

5°) El régimen expuesto se aplica, según el artículo 33 de la Ley 9a. de 1989, a todos los inmuebles de las entidades públicas si, dentro de término de cinco años, contados desde la fecha de promulgación de la misma ley o de adquisición del bien, posterior a aquélla, no se aplican “a los fines para los cuales fueron adquiridos”.

La disposición se refiere a “todas las entidades públicas que hayan adquirido inmuebles a cualquier título o que los adquieran en lo sucesivo”; como también a todos los bienes inmuebles de las mismas, sin ninguna excepción.

La finalidad de artículo 33 de la Ley 9a. de 1989 consiste en hacer que las entidades públicas, en el plazo prudencial que al efecto señala, afecten sus bienes inmuebles al cumplimiento de la finalidad de su adquisición. La omisión de este deber implica la obligación de enajenarlos. La disposición infiere que si el lapso indicado transcurre sin que el bien se destine al cumplimiento de su objeto, es innecesario y debe ser enajenado en la forma indicada.

6°) El Decreto 1134 de 1992 reglamenta los artículos 33, 34 y 35 de la Ley 9a. de 1989 relativos a los indicados procedimientos para la enajenación de los bienes inmuebles de las entidades públicas que no se apliquen, dentro del término legal, al cumplimiento de su objeto.

7°) Lo expuesto significa que el artículo 33 de la Ley 9a. de 1989 no sólo se refiere a los bienes urbanos y suburbanos de las entidades públicas, sino también a todos los que sean o lleguen a ser de su propiedad. No obstante que

SALA DE CONSULTA

la mayoría de las disposiciones de la mencionada ley regula la propiedad urbana y suburbana y su adquisición por las entidades públicas, el artículo 33 se refiere, sin excepción, a todos sus bienes inmuebles, urbanos, suburbanos y rurales, para los solos efectos de regular su aplicación al objeto para el cual fueron adquiridos o disponer, en su defecto, se enajenación. Para efectuarla cada entidad debe obrar, mediante su representante, con las correspondientes autorizaciones.

8°) Los artículos 146 y 147 de Decreto-ley 222 de 1983, relativos a la enajenación y a la permuta de los bienes inmuebles de las entidades públicas, que "no requieran para su servicio", son aplicables, salvo disposición especial en contrario -como sucede con el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (artículo 253 de Decreto-ley 222 de 1989)- para todos los contratos de compraventa o permuta que celebren las entidades públicas por causa o motivo distinto de prescrito, con carácter especial, por el artículo 33 de la Ley 9a. de 1989.

Con fundamento en lo expuesto la Sala responde:

1°) El artículo 33 de la Ley 9a. de 1989 se refiere a todos los inmuebles de las entidades públicas, urbanos, suburbanos y rurales.

2°) El artículo 33 de la Ley 9a. de 1989 concede un plazo de cinco años, contados desde su promulgación, o desde la fecha de adquisición del inmueble, si se efectuó o realiza con posterioridad a su vigencia, para aplicarlo a la finalidad con que fue adquirido. De lo contrario se lo debe enajenar.

3°) Los artículos 146 y 147 de Decreto-ley 222 de 1983 son aplicables -salvo excepción legal- a las ventas y permutas de inmuebles que realicen las entidades públicas por causa o motivo distintos del prescrito, con carácter especial, por el artículo 33 de la Ley 9a. de 1989.

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

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón, Roberto Suárez Franco.

Elizabeth Castro R. Secretaria.

**CONTRATO DE CONCESION DE RADIODIFUSION SONORA /
CESION DEL CONTRATO POR CAUSA DE MUERTE -
Improcedencia / CADUCIDAD DEL CONTRATO POR CAUSA DE
MUERTE**

La muerte del contratista es causal de caducidad de los contratos de concesión del servicio de radiodifusión. Estos contratos sólo pueden subsistir si en ellos se estipuló expresamente que continúen con sus sucesores. El artículo 1o. de la ley 51 de 1984 sólo contempla la posibilidad de transferir o ceder los contratos de concesión del servicio de radiodifusión por actos entre vivos, no por causa de muerte. Autorizada su publicación el 26 de octubre de 1993.

Consejo de Estado-Sala de Consulta y Servicio Civil-
Bogotá, D.E., veintiuno (21) de Septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero Ponente: *Dr. Humberto Mora Osejo*

Referencia: Radicación No. 308 Consulta del Ministerio de Comunicaciones, sobre transferencia de los contratos de radiodifusión sonora por causa de muerte.

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

“Como fundamento de la consulta que se formula, me permito consignar los siguientes antecedentes:

SALA DE CONSULTA

“1. El artículo 3o. del Decreto-ley 3418 de 1954 adoptado como norma permanente por la Ley 141 de 1961, dispone: **“Las telecomunicaciones son un servicio público** que el Estado prestará directamente, pero el Gobierno puede conceder en forma temporal su explotación a personas naturales o jurídicas, siempre que se reúnan los requisitos legales, reservándose el control de su funcionamiento:

“Las concesiones no excederán de 20 años; podrán otorgarse por medio de contratos o en virtud de licencias, según lo disponga el Gobierno, y prorrogarse en Iguales condiciones”.

“2. El artículo 4o. de la Ley 74 de 1966 establece: “Los servicios de radiodifusión son públicos y privados.

“Servicio público de radiodifusión es el que prestan el Estado o las entidades o establecimientos públicos.

“Servicio privado de radiodifusión es el que prestan los particulares mediante licencia concedida por el Ministerio de Comunicaciones”.

“3. En uso de las facultades conferidas por el Decreto-Ley 3418 de 1954 y la Ley 74 de 1966, se expidió el Decreto reglamentario 2085 de 1975 que en su artículo 3o. disponía: “La prestación del servicio de radiodifusión sonora requiere autorización del Ministerio de Comunicaciones, la cual se otorgará mediante licencias que autoricen el funcionamiento de estaciones públicas o privadas, previo el lleno de los requisitos que se establecen en el presente Decreto”.

“4. En caso de muerte del titular de una cualquiera de las licencias de que trata el presente capítulo, podrá solicitarse al Ministerio el traspaso de la misma a favor del nuevo o nuevos propietarios de la estación, previo el lleno de los siguientes requisitos...” Consagraba el artículo 18 del Decreto 2085 de 1975.

“5. El Decreto 621 de 1977 autorizó la transferencia por acto entre vivos de los derechos derivados de las licencias para la prestación de los servicios de radiodifusión sonora.

“6. El Decreto 2005 de 1980, con algunas modificaciones otorgó la posibilidad de ceder o transferir estos derechos, por acto entre vivos o por causa de muerte.

“7. Con posterioridad, el Decreto Ley 222 de 1983 modificó el sistema de concesión del servicio de radiodifusión, que a partir de su vigencia debía otorgarse mediante contrato, previo procedimiento de licitación pública.

“8. El artículo 196 del citado Decreto Ley nos indica que el contrato de radiodifusión tiene por objeto que el Estado permita a una persona natural o jurídica, la realización de transmisiones de radiotelefonía.

“9. La ley 19 de 1982 - Ley de facultades del Decreto 222 de 1983 en su artículo 1o. define como contratos de concesión de servicios públicos aquellos mediante los cuales se encomienda a una persona natural o jurídica la gestión de un determinado servicio.

“10. El artículo 209 del régimen de contratación administrativa prohibió la cesión o transferencia de los derechos que confieren los contratos de concesión de los servicios de telecomunicaciones, sin precisar la naturaleza del hecho o acto jurídico originador de la cesión.

“11. La Ley 51 de 1984, dispuso: “Las personas naturales o jurídicas que actualmente se encuentran en proceso de legalizar su situación ante el Ministerio de Comunicaciones y los concesionarios de las licencias o contratos para el servicio de radiodifusión sonora **podrán previa autorización del Ministerio de Comunicaciones ceder o transferir sus derechos a personas naturales o jurídicas que cumplan con los requisitos exigidos para ser titular**”.

“La Ley citada igualmente no determinó si la cesión podía originarse por acto entre vivos o por causa de muerte.

“12. De conformidad con el literal a), el artículo 62 del Decreto Ley 222 de 1983, la muerte del contratista, si no se ha previsto que el contrato pueda continuar con los sucesores, es causal de caducidad del mismo.

“13. El Ministerio de Comunicaciones dentro de los contratos de concesión del servicio de radiodifusión en su cláusula décima tercera -caducidad incluyó todas las causales previstas en el artículo 62 del Decreto Ley 222 de 1983, con excepción de la muerte de los contratistas.

“14. La Ley 51 de 1984 no se ha reglamentado. Sin embargo, hasta la fecha el Ministerio ha autorizado las cesiones, exigiendo el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a. Solicitud en debida forma personalmente o a través de apoderado

SALA DE CONSULTA

- b. Copia del negocio jurídico de transferencia
- c. Documentos que acrediten solvencia económica
- d. Autorización de cedente y cesionario
- e. Paz y salvo con el Ministerio de Comunicaciones.

“Por causa de muerte:

- a. Certificado de defunción del titular de la licencia
- b. Reconocimiento de herederos

En mérito de lo expuesto este Ministerio,

CONSULTA

“1. Teniendo en cuenta la Ley 51 de 1984, pueden los contratos de concesión del servicio de radiodifusión sonora, transferirse por causa de muerte?

“2. Es causal de caducidad del contrato de concesión de radiodifusión la muerte del contratista?”

La Sala considera:

1o.) El artículo 3o del Decreto 3418 de 1954 prescribía que “las telecomunicaciones son servicio público que el Estado prestará directamente”, pero facultaba al gobierno para “conceder en forma temporal su explotación a personas naturales o jurídicas, siempre que se reúnan los requisitos legales, reservándose el control de su funcionamiento”.

2o.) El artículo 8° de la misma ley prescribía que “las concesiones para esta clase de servicios sólo podrán transferirse mediante autorización previa del Ministerio de Comunicaciones, el cual, si la negare, podrá reservarse el motivo que haya tenido para ello”. El artículo 120 del Decreto 2427 de 1956, reglamentario del Decreto 3418 de 1954, determinaba las causales de caducidad de los contratos que celebraba el Ministerio de Comunicaciones, entre las cuales se contaban, además de las especiales, las que prescribía el artículo 254 de la ley 167 de 1941, en ellas comprendida “la muerte del contratista si no se ha previsto que el contrato pueda continuar con sus sucesores” (letra a).

3o.) Por consiguiente, según los Decretos 3418 de 1954 y 2427 de 1956, los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones podían cederse o transferirse por acto entre vivos, previa autorización del Ministerio de Comunicaciones; pero la muerte del contratista les ponía término, a menos que en ellos se hubiera estipulado que podían continuar vigentes con sus sucesores.

4o.) El artículo 41 de la ley 74 de 1966 dispuso que “los servicios de radiodifusión son públicos y privados”, aquéllos si prestados por “el Estado o las entidades o establecimientos públicos” y éstos los que estaban a cargo de los particulares, “mediante licencia concedida por el Ministerio de Comunicaciones”. Pero la ley 74 de 1966 nada dispuso sobre la cesión o transmisión, por acto entre vivos o causa de muerte, de la licencia concedida por el Ministerio de Comunicaciones.

5o.) El Decreto-ley 222 de 1983 modificó el régimen jurídico de la concesión del servicio de radiodifusión, en cuanto dispuso que se adjudique mediante licitación pública y se perfeccione por contrato (Art. 197 del Decreto-ley 222 de 1983). Y el artículo 209 del Decreto-ley 222 de 1983 prohibió ceder o transferir “los derechos que confieren los contratos de concesión de los servicios de telecomunicaciones...”

6o.) Pero el artículo 1° de la ley 51 de 1984 subrogó el artículo 209 del Decreto-ley 222 de 1983 en cuanto dispuso que “las personas naturales y jurídicas que actualmente se encuentran en proceso de legalización de su situación ante el Ministerio de Comunicaciones y los concesionarios de las licencias o contratos para el servicio de radiodifusión sonora, podrán, previa autorización del Ministerio de Comunicaciones, ceder o transferir sus derechos a personas naturales o jurídicas que cumplan con los requisitos exigidos para ser titular”.

De este modo, el artículo 1° de la ley 51 de 1984 autoriza, por acto entre vivos, para ceder o transferir las licencias o contratos de concesión del servicio de radiodifusión. Pero este precepto en modo alguno dispone que, a la muerte del particular beneficiario de la licencia o concesionario del servicio, aquélla o el contrato de concesión continúe vigente con sus sucesores.

7o.) Además, el artículo 62, letra a), del Decreto-ley 222 de 1983, como lo hacía el artículo 254, letra a), de la ley 167 de 1941, prescribe que, entre otras, es causal de caducidad de los contratos que regula ese mismo estatuto “la muerte de contratista, si no se ha prescrito que el contrato pueda continuar con los sucesores...”. De manera que si no se estipuló expresamente que, a la muerte del contratista, el contrato continúe vigente con sus sucesores, de conformidad con el artículo 62, letra a), del Decreto-ley 222 de 1983, se configura la mencionada causal.

SALA DE CONSULTA

La Sala, con Fundamento en lo expuesto, responde:

1°) La muerte del contratista es causal de caducidad de los contratos de concesión del servicio de radiodifusión. Estos contratos sólo pueden subsistir si en ellos se estipuló expresamente que continúen con sus sucesores.

2°) El artículo 1° de la ley 51 de 1984 sólo contempla la posibilidad de transferir o ceder los contratos de concesión del servicio de radiodifusión por actos entre vivos, no por causa de muerte.

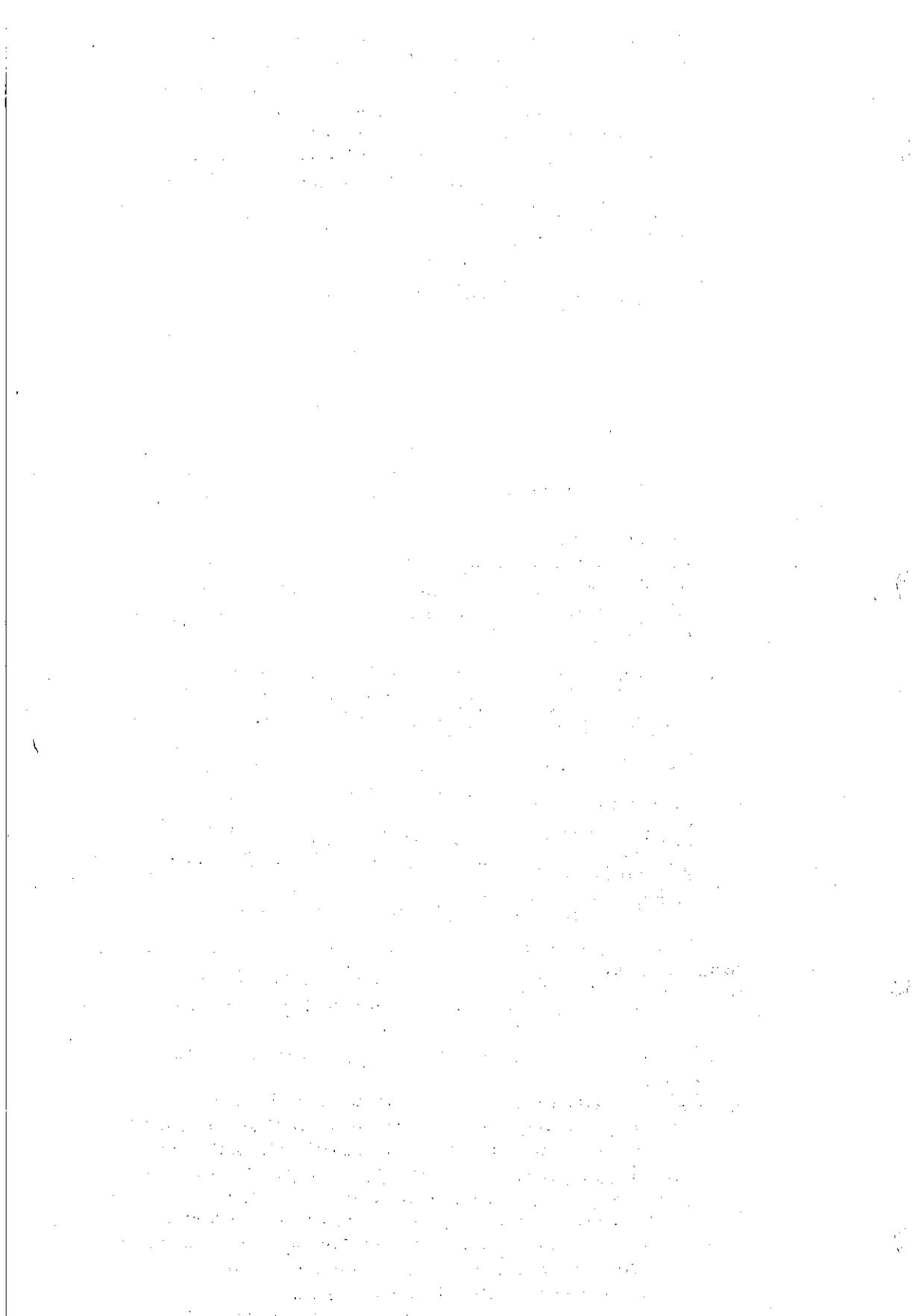
Transcribese, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Comunicaciones y Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro R., Secretaria.

SECCION

PRIMERA



REGISTRO DE MARCA / ACCION DE NULIDAD ESPECIAL

Es inadmisibile la pretendida derogatoria tácita del art. 596 del C. de Co. por parte del C.C.A. No obstante que es cierto que en el C.C.A. de 1984 se hizo una nueva reglamentación de las acciones contencioso-administrativas, no es menos cierto que conservaron su existencia y vigencia modalidades de las acciones de nulidad y de plena jurisdicción, previstas o consagradas en otras disposiciones posteriores al C.C.A. de 1941, entre otras, la de nulidad de la resolución de registro de una marca de fábrica, pues, en los términos del art. 267 del C.C.A., la derogatoria sólo se produjo tácitamente, o si se quiere expresamente, respecto de “las demás disposiciones que sean contrarias a este Código”, y la Sala no ha encontrado, ni antes, ni ahora, esa contradicción entre las normas precitadas de las leyes especiales y las contenidas en los artículos 84 y 85 del C.C.A. que con algunas precisiones, adiciones y cambio de denominación, conservan la esencia de las que contenían los artículos 66, 67 y 68 del C.C.A de 1941.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No 1812. Acción de nulidad. Actora: INDUSTRIAS VOLMO S.A.

La sociedad **GENERAL ELECTRIC COMPANY**, integrante de la parte demandada, dentro del proceso de la referencia, obrando por conducto de su apoderado especial, dentro de la oportunidad legal para ello, interpone recurso

SECCION PRIMERA

de SUPLICA contra la providencia dictada por el H. Consejero conductor del juicio, doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, con fecha primero (1o.) de marzo del presente año, en cuanto por ella no se aceptó el desistimiento de la acción presentado por los señores apoderados de la parte actora y de la parte demandada.

FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA SUPPLICADA

Se considera en la providencia suplicada que, tratándose de una acción de nulidad enderezada contra actos a través de los cuales se renovó el registro de la marca GENERAL ELECTRIC (etiqueta), calificada por esta Sección en diversas providencias como una acción pública especial, carácter que se deriva del hecho de estar sujeta a un término de caducidad de cinco años y a unas causales de anulación expresamente señaladas en el Código de Comercio, inicialmente, y en las Decisiones 85, 311 y 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, posteriormente, normas estas que suspendieron la aplicación de las del estatuto mercantil, se rige, salvo en esos dos aspectos anotados, por las reglas a que está sujeta la acción de nulidad general del artículo 84 del C. C. A., entre ellas la consagrada en el artículo 14 de la Ley 25 de 1928, según el cual "En las acciones de carácter público no se permitirá el desistimiento de la acción...", en concordancia con el art. 15 del Código Civil, el cual sólo permite la renuncia de los derechos que miren al interés individual del renunciante.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Para fundamentar la solicitud de revocatoria de la decisión recurrida, para que, como consecuencia de ello, se admita el desistimiento de la acción, sostiene el señor apoderado de la parte demandada-impugnadora, lo siguiente:

1o.- Que el artículo 596 del Código de Comercio se encuentra suspendido en virtud del C. C. A., el cual hace una regulación íntegra de la materia de las acciones que proceden contra los actos administrativos y adicionalmente por la específica acción de nulidad que contiene la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena en su artículo 102.

2o. Que aún si se aceptara la vigencia del precitado artículo 596, este tampoco sería aplicable al asunto de la referencia, por cuanto el mencionado artículo prevé la acción de nulidad del certificado de una marca y establece un término de caducidad de la acción de cinco años a partir del registro de la marca.

3o. Que la sociedad GENERAL ELECTRIC COMPANY tiene registrada la marca desde el 11 de septiembre de 1934. Es decir, que la demanda de

nulidad del registro de la marca no se puede impetrar por cuanto el Decreto 410 de 1971 no se encontraba vigente para el momento en que fue registrada y, por lo tanto, la acción consagrada en el artículo 596 de tal estatuto sólo es aplicable a los registros de marca posteriores a su vigencia.

4o. Que los alcances del artículo 596 del C. de Co. no cubren el evento de la renovación de la marca, por lo tanto, en el asunto de la referencia no nos encontramos frente a la acción del artículo 596 citado, y, por consiguiente, el Consejo de Estado debe seguir aplicando el C. C. A.

5o. Que de acuerdo con la doctrina de los motivos y finalidades expuesta por el Consejo de Estado, la procedencia de la acción de nulidad contra el acto de renovación de una marca dependerá de la existencia de una norma que expresamente la consagre. Como el art. 596 no prevé el evento de la renovación de la marca como supuesto de hecho para dicha acción, en consecuencia ésta no es aplicable al asunto de la referencia.

6o. Que si bien es cierto que la demanda de la referencia ha sido denominada como de nulidad, como lo expuso en la contestación de la demanda, y de acuerdo a la doctrina de los motivos y las finalidades de las acciones contencioso administrativas, la sociedad actora pretendía un beneficio para sí misma y no el de la legalidad abstracta. De acuerdo a la doctrina a la que hemos hecho referencia, y encontrándonos frente a la acción de nulidad del art. 84 del C. C. A., y ante el interés particular e individual de la sociedad actora, la supuesta acción de nulidad se convierte en acción de nulidad y restablecimiento del derecho.-

La lectura de las pretensiones de la demanda, en especial de las pretensiones 1a. y 2a., son típicas de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y no de un juicio de legalidad objetiva.

Por esas consideraciones, solicita la revocatoria de la providencia suplicada y la aceptación del desistimiento presentado por las partes.

LA DECISION

Para decidir, se considera:

1o. La derogatoria del artículo 596 del C. de Co., por el C. C. A. o por el art. 102 de la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena.

Para la Sala es inadmisibles la pretendida derogatoria tácita del artículo 596 del C. de Co. por parte del C. C. A., en razón de haberse reglamentado por

SECCION PRIMERA

éste Estatuto íntegramente la materia relativa a las acciones contencioso-administrativas, como lo sostiene el recurrente. En efecto, no obstante que es cierto que en el C. C. A. de 1984 se hizo una nueva reglamentación de las acciones contencioso-administrativas procedentes en Colombia, que vinieron a sustituir las hasta entonces existentes - de nulidad, de plena jurisdicción y de restablecimiento del derecho (arts. 66, 67 y 68 de la Ley 167 de 1941)-, no es menos cierto que conservaron su existencia y vigencia modalidades de las acciones de nulidad y de plena jurisdicción - denominada en el nuevo estatuto de restablecimiento del derecho y, posteriormente, en virtud de la expedición del Decreto Ley 2304 de 1989, de nulidad y restablecimiento del derecho, previstas o consagradas en otras disposiciones posteriores al C. C. A. de 1941, entre otras, la denominada acción o juicio de revisión en relación con la providencia por medio de la cual el INCORA declara extinguido, en todo o en parte, el derecho de dominio sobre un predio rural por falta de explotación económica (arts. 23 a 27 de la Ley 135 de 1961), y la de nulidad de la resolución de registro de una marca de fábrica -nulidad del certificado de marca, dice antitécnicamente la norma, pero sobre lo cual esta Sección en el pasado ha hecho claridad- en razón de haberse infringido las disposiciones de los artículos 585 a 586 del C. de Co., hoy suspendidos y reemplazados por las normas pertinentes que sucesivamente se han dictado por los organismos competentes del Acuerdo Subregional Andino o Acuerdo de Cartagena (Art. 596 del C. de Co., que, en su orden, son modalidad de la acción de nulidad, y restablecimiento del derecho y la acción de nulidad, pues, en los términos del art. 267 del C. C. A., la derogatoria sólo se produjo tácitamente, o si se quiere expresamente, respecto de "las demás disposiciones que sean contrarias a este Código", y la Sala no ha encontrado, ni antes, ni ahora, esa contradicción entre las normas precitadas de las leyes especiales y las contenidas en los artículos 84 y 85 del C. C. A., que con algunas precisiones, adiciones y cambio de denominación, conservan la esencia de las que contenían los artículos 66, 67 y 68 del C. C. A. de 1941.

En lo que atañe a la pretendida derogatoria tácita del artículo 596 del C. de Co., por parte del artículo 102 de la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena, debe observar la Sala que tampoco se ha producido derogatoria alguna tácita de aquella norma, si se tiene en cuenta que en dicha disposición de la Decisión del Acuerdo de Cartagena no se está consagrando una acción de nulidad, a ejercer, como es apenas obvio, ante esta jurisdicción contencioso-administrativa que es la competente en el orden nacional para conocer de ella y de sus modalidades en particular, que no PUEDE DECRETAR DE OFICIO la nulidad de un acto administrativo de ninguna naturaleza, sino que, por el contrario, lo que antitécnicamente, desde el punto de vista procesal administrativo, se está previendo es la facultad, oficiosa o provocada, de la autoridad administrativa nacional competente, que no es otra que la Superintendencia de Industria y

Comercio en el caso colombiano, de extinguir por revocatoria directa -que probablemente el legislador comunitario, siguiendo en ello la terminología foránea, es decir, la de otros países en donde existen marcadas diferencias en relación con esa figura jurídica, denomina NULIDAD-, de OFICIO -que sí es propio de esa forma de extinción del acto administrativo- o a petición de parte, y dentro de un procedimiento indubitablemente administrativo, que no contencioso administrativo, que garantice los derechos de audiencia y defensa.

2o.- En cuanto al segundo argumento, o sea, el relativo a que el art. 596 del C.de Co., aceptando en gracia de discusión su vigencia, no es aplicable por preveer una acción de nulidad del registro de una marca de fábrica, que no es el caso *sub-judice* por cuanto lo que se pretende en este proceso es la nulidad de la renovación de la marca GENERAL ELECTRIC, debe observar la Sala que en uno u otro caso, es decir, bien se trate de la nulidad del acto administrativo que inicialmente conceda u otorgue el registro de una marca, bien de la nulidad del acto administrativo que accede a su renovación, la acción de nulidad es la consagrada en el precitado artículo 596 del C. de Co., cuando se controvierte la decisión administrativa en razón del quebrantamiento del ordenamiento jurídico contenido en las normas del derecho comunitario -hoy las de la Decisión 313 -, es decir, cuando la decisión administrativa es contraria a la legalidad abstracta.

3o.- Finalmente, tampoco es de recibo para la Sala el argumento de que, teniendo en cuenta la doctrina de los motivos y finalidades expuesta por esta Corporación reiteradamente sobre la naturaleza de las acciones de nulidad, la acción propuesta con fundamento en el art. 84 del C.C.A. se ha convertido en una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en razón de que la sociedad actora pretende un beneficio para sí misma y no el de la legalidad abstracta, por cuanto, si se mira la demanda promovida, con algún detenimiento, se encontrará que el aspecto central de la contención gira alrededor de una norma del derecho comunitario - el art. 70 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena - que establece que para tener derecho a la renovación de una marca, el interesado debe demostrar ante la Oficina Nacional Competente respectiva que está utilizando la marca en cuestión en cualquier país miembro, que, según la demandante no se observó, y no en el supuesto o real quebrantamiento de un derecho consagrado en favor de otra persona, como, por ejemplo, la sociedad integrante de la parte demandada, ahora recurrente, o de la demandante.

Por esas consideraciones, el recurso no está llamado a prosperar.

SECCION PRIMERA

Por lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA,**

RESUELVE:

CONFIRMASE la providencia de primero (1o.) de marzo de 1993, dictada en el proceso de la referencia, por la Sala Unitaria del señor Consejero, doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

Cópiese y notifíquese.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha primero de abril de mil novecientos noventa y tres.

Miguel González Rodríguez, Presidente; Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.

**DESCONGESTION DE DESPACHOS JUDICIALES / DEMANDA -
Requisitos / COPIA DEL ACTO / PRESUNCION DE
AUTENTICIDAD**

El Decreto 2651 de 1991 sobre descongestión de los despachos judiciales, en su art. 25 consagra, salvo las excepciones allí establecidas, la presunción de autenticidad de los documentos aportados por las partes para ser incorporados a un expediente "sin necesidad de presentación personal ni autenticación"; lo cual, aunado al hecho de que la demanda se presentó dentro de la vigencia de dicha disposición y que en el proceso no se puso en duda la autenticidad de los actos acusados allegados por el actor, mediante la proposición de tacha de falsedad, conlleva a la necesaria conclusión de que el tribunal de origen debió haber avocado el estudio de la demanda presentada.

**ACTO DE TRAMITE / OBJECION DEL GOBERNADOR /
PROYECTO DE ORDENANZA / SANCION DE LA ORDENANZA /
SENTENCIA INHIBITORIA**

La Resolución No. 005 de 1992, mediante la cual la Asamblea Departamental de Risaralda declaró fundadas, entre otras, las objeciones de la ordenanza No. 008 de 14 de noviembre de 1991, constituye un simple acto de trámite dictado dentro del procedimiento administrativo legalmente establecido para la expedición de las Ordenanzas en los artículos 72 a 88 del Decreto 1222 de 1986, con el cual no se puso fin a la actuación adelantada, sino por el contrario, su existencia hizo posible el nacimiento a la vida jurídica del acto principal y definitivo, que lo constituye la Ordenanza No. 008 de 1991. Por la anotada razón, dicho acto

SECCION PRIMERA

acusado resulta enjuiciable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2212. Actor: LUIS GONZAGA BUSTAMANTE MARIN.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda de fecha 2 de octubre de 1992.

I.-ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

El ciudadano Luis Gonzaga Bustamante Marín, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Risaralda la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 005 de 7 de abril de 1992, expedida por la Asamblea de dicho Departamento, "por la cual se declaran fundadas las objeciones del Gobernador a unas Ordenanzas", así como también la "sanción gubernamental de la Ordenanza No. 008 del 14 de noviembre de 1991".

b.- Los actos acusados

El primero de los actos demandados lo constituye la mencionada Resolución No. 005 de 1992 mediante la cual, previas consideraciones, la Asamblea Departamental de Risaralda resolvió declarar fundadas las objeciones del Gobernador a un párrafo del artículo 6o. de la Ordenanza No. 008 de 14 de noviembre de 1991, "Por la cual se fija el presupuesto de ingresos y gastos de la Contraloría General del Departamento para la vigencia fiscal comprendida entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre de 1992 y se dictan otras disposiciones", y como consecuencia de ello, "... considerarlo retirado del texto definitivo de la Ordenanza" (art. 1o.); declarar fundadas las objeciones formuladas por el mismo funcionario a las Ordenanzas Nos. 013 de 26 de noviembre de 1991 y 018 de

fecha 30 del mismo mes y año (arts. 2o. y 3o.) y fijar la fecha de su vigencia (art. 4o.).

El segundo de los actos acusados, según atrás se expresó, lo es “la sanción” del Gobernador del Departamento de Risaralda a la Ordenanza No. 008, lo cual tuvo lugar el 20 de abril de 1992.

c. Los hechos de la demanda

Los hechos que la parte actora cita como fundamento de sus pretensiones se pueden resumir así (fl. 21 Cdno. No. 2):

Expedida como fue la Ordenanza No. 008 de 1991, ella fue objetada por el Gobernador, tanto la Ordenanza como las objeciones se publicaron en la Gaceta Departamental el 31 de diciembre de 1991.

Mediante Decreto No. 00264 de 6 de abril de 1992, el Gobernador convocó a la Asamblea a sesiones extraordinarias para conocer de los proyectos de ordenanza detallados en su artículo 2o.

El 7 de abril de 1992 se expidió el primero de los actos acusados y el 20 del mismo mes y año el Gobernador sancionó la Ordenanza No. 008.

La “... reconsideración a las objeciones no estaba incluida en la agenda de puntos del Decreto 00264, y si la Asamblea insistió a través (sic) de la Resolución 005 del 7 de abril de 1992, el Gobernador no debía sancionarla” (sic).

d. Las normas presuntamente violadas y el concepto de su violación

El actor considera que los actos acusados incurren en violación de las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación, expresadas en la demanda y en su alegato de conclusión (fls. 22 a 23, y 71 *ibídem*):

Primer cargo.- Violación del artículo 80 del Código de Régimen Departamental, el cual prevalece sobre las dos disposiciones que en dicha codificación le anteceden, de acuerdo con el artículo 5o. de la Ley 57 de 1887, por cuánto en las sesiones extraordinarias la Asamblea incluyó un punto que no figura en el artículo 2o. del Decreto No. 00264 de 6 de abril de 1992, y toda vez que no se siguió el procedimiento establecido en dicha norma.

Segundo cargo.- Violación del artículo 78 inciso segundo del Código de Régimen Departamental, pues de acuerdo con el artículo 28 del mismo Código,

SECCION PRIMERA

la Asamblea solo se reúne ordinariamente cada año en la capital del Departamento, durante dos meses.

Tercer cargo.- Violación del artículo 29 inciso primero del Código de Régimen Departamental, toda vez que “solo en el período ordinario del 1o. de octubre al 31 de noviembre de cada año puede la Asamblea Departamental tratar asuntos diferentes a los sometidos por el Gobernador a su consideración, según la ley vigente no existe hasta la fecha otra legislatura diferente”.

Cuarto cargo.- El Gobernador al sancionar la Ordenanza No. 008 se arrogó facultades que no le concede la ley, pues “... según se desprende de respuesta a mi solicitud por oficio del 20 de abril de 1992, donde le solicité remitir la Ordenanza 008 del 14 de noviembre de 1991, al Tribunal Administrativo, me respondió mediante oficio fechado el 27 de abril, suscrito por la secretaría jurídica se manifiesta (sic) que la sanción procedió por acato a los artículos 78 y 79 del Régimen Departamental y este no es el trámite indicado para una Ordenanza que viola la Constitución Política de Colombia, ya que las sanciones a las ordenanzas inconvenientes están establecidas en el Régimen Departamental artículo 78” (sic).

e. - Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión, la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 63 a 66) :

Mediante la Resolución demandada la Asamblea no “insistió” como lo dice el actor, en nada, pues en su artículo 1o. tan solo declaró fundadas las objeciones parciales formuladas por el Gobernador a la ordenanza No. 008 de 14 de noviembre de 1991.

No se viola el artículo 78 inciso segundo del Código de Régimen Departamental, ya que la Ordenanza No. 008, previamente discutida en sus tres debates reglamentarios, se envió al Gobernador para su sanción.

Como quiera que al momento de enviarse la objeción a dicha Ordenanza la Asamblea se encontraba en receso, se procedió a la publicación de los dos textos, “... quedando pendiente la sanción hasta tanto no se decidieran por la Corporación las objeciones presentadas en el nuevo período de sesiones”.

“Reunida la Duma en sesiones extraordinarias conforme lo dispone el artículo citado, decidió sobre las objeciones formuladas ... (...) ... declarándolas fundadas mediante la Resolución No. 005 de abril 7 de 1992. Una vez efectuado

este procedimiento, el Gobernador ordenó la publicación del texto final de la Ordenanza suprimiéndose el párrafo cuya objeción se presentó declarándose fundada”.

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 providencia de 14 de mayo de 1992 se admitió la corrección de la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los actos acusados (fls. 26 a 30 *ibidem*).

Por auto de 19 de junio de 1992 se admitió la corrección de la demanda y se dispuso darle el trámite de rigor (fl.67 *ibidem*).

Mediante proveído de 4 de agosto de 1992 se corrió traslado a las partes para que presentasen sus alegatos de conclusión y al agente del Ministerio Público para que emitiese su concepto. De este traslado hicieron uso las partes y la agencia del Ministerio Público.

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal Administrativo de Risaralda profirió sentencia inhibitoria, aduciendo falta del presupuesto procesal de demanda en forma, pues “Revisados la demanda y sus anexos se encuentra que las copias de los actos acusados no son auténticas, ya que se trata de copias no autenticadas de otras copias”. Por la anotada razón no se dio cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 139 del C.C.A., lo cual impide al fallador entrar en el fondo del asunto, como lo expresó el Consejo de Estado en sentencia proferida por su Sección Segunda el 10 de mayo de 1972 (fls. 78 a 81 *ibidem*).

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las siguientes razones (fl. 84 Cdno. No. 2):

En cuanto a que los actos acusados no fueron aportados al proceso en copia hábil, debe tenerse, en cuenta que ellos aparecen publicados en el original de la Gaceta Departamental No. 316, que sí obra en el expediente.

SECCION PRIMERA

De otra parte, según el Decreto 1024 de 1982, los actos expedidos por funcionarios públicos no requieren autenticación.

Por último, debe considerarse que "... el hecho de no requerirse copias auténticas obedece a uno de los principios generales del Código Contencioso contemplados en el artículo 3o. del Decreto 01 de 1984".

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto, la señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación considera lo siguiente (fls. 7 y 8 Cdo. No. 1):

"Los documentos acompañados a la demanda fueron suficientes para dar al Tribunal la certidumbre sobre la existencia de la expedición de los actos administrativos acusados. El reparo tardío del Tribunal lleva a considerar que éste ha debido, antes de admitir la demanda, dar el trámite indicado en el artículo 143 del C.C.A. Como no lo hizo en tal oportunidad ha debido en el curso del proceso, de oficio, subsanar la omisión disponiendo la remisión al expediente de las copias hábiles que echó finalmente de menos, para atender el aspecto estrictamente formal, pues los elementos de juicio existentes eran bien demostrativos de que, efectivamente, la Asamblea decidió en su sesión del 7 de abril de 1992 declarar fundadas las objeciones a la Ordenanza. Decisión que es, en esencia, la voluntad administrativa que se discute en la demanda".

En cuanto al fondo del asunto, la señora Agente del Ministerio Público se remite al concepto emitido en la primera instancia por dicha agencia.

En razón de lo anterior se solicita la revocatoria del fallo apelado y, en su lugar, se deniegan las súplicas de la demanda.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En atención a que el recurso interpuesto tiende esencialmente a que esta Corporación revoque la sentencia apelada y, como consecuencia de ello, se decida sobre el fondo de la litis, la Sala procede a analizar las razones en las cuales se fundamentó el Tribunal de origen para adoptar su decisión, y las expuestas por el recurrente, en los siguientes términos:

La sentencia recurrida se sustenta en la consideración de presentarse una ineptitud sustantiva de la demanda, derivada del hecho consistente en que las copias de los actos acusados, acompañados con la demanda, no son auténticos,

por lo cual no se cumple con lo dispuesto por el artículo 139 del C.C.A., e impide al fallador entrar en el fondo del asunto, según jurisprudencia de esta Corporación.

Por su parte, el recurso de apelación se centra en dos argumentos, a saber:

a) Que los actos acusados si obran en el proceso, pues aparecen publicados en el original de la Gaceta Departamental No. 316.

b) Que de conformidad con el Decreto 1024 de 1982 y el artículo 3o. del Decreto 01 de 1984 no se requiere acompañar a la demanda copia auténtica de los actos cuya declaratoria de nulidad se solicita.

En cuanto al primero de los mencionados cargos, y previo examen del expediente, la Sala constata que en la Gaceta Departamental No. 316 de 31 de diciembre de 1991, que obra a folios 41 a 62 del Cdno. No. 2 y que fué aportada al proceso por la entidad demandada con la contestación de la demanda, no aparecen, como no pueden aparecer, publicados los actos acusados, por la sencilla razón de que la Resolución No. 005 fue expedida por la Asamblea Departamental de Risaralda el 7 de abril de 1992, y la sanción gubernamental a la Ordenanza No. 008 se produjo el día 20 del mismo mes y año, es decir, en fechas posteriores a la de edición de la referida Gaceta.

En relación con el segundo argumento del recurrente, la Sala previa verificación de que a la demanda se acompañó copia fotostática simple de los actos acusados (fls. 16 a 17 y 20 *ibídem*), considera que si bien las disposiciones legales invocadas en el recurso no son las cabalmente aplicables al caso en estudio, pues la primera de ellas se refiere a los documentos que en **original** se presentan ante las autoridades oficiales, evento que no se da en este caso, y la segunda, precisamente, a la obligación de aportar ante dichas autoridades documentos auténticos cuando la ley lo ordene en forma expresa, cual sería la situación prevista en el artículo 139 del C.C.A., mucho menos cabe predicar en el caso sub judice la aplicación de dicho artículo 139, en el cual se fundamenta el fallo apelado, pues esta norma, en virtud de lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, en concordancia con los artículos 1o. y 62 del mismo estatuto, se encuentra suspendida por el término de 42 meses a partir de su vigencia.

En efecto, en la sentencia recurrida, el Tribunal *a quo* olvida la existencia u omite dar aplicación al Decreto 2651 de 1991 sobre descongestión de los despachos judiciales, el cual en su artículo 25 consagra, salvo las excepciones allí establecidas, la presunción de autenticidad de los documentos aportados por

SECCION PRIMERA

las partes para ser incorporados a un expediente, "... **sin necesidad de presentación personal ni autenticación** ..." (subraya, la Sala), lo cual, aunado al hecho de que la demanda se presentó dentro de la vigencia de dicha disposición y que en el proceso no se puso en duda la autenticidad de los actos acusados allegados por el actor, mediante la proposición de tacha de falsedad, conlleva la necesaria conclusión de que el Tribunal de origen debió haber avocado el estudio de la demanda presentada.

No obstante lo anterior, la Sala debe dilucidar la naturaleza de los actos demandados, pues de ello dependerá el que resulte jurídicamente viable o no emprender el análisis de los cargos formulados en la demanda.

Al respecto, como se indicó al inicio de esta providencia, el actor solicita la declaratoria de nulidad de dos actos, a saber :

a) De la Resolución No. 005 de 1992, mediante la cual la Asamblea Departamental de Risaralda declaró fundadas, entre otras, las objeciones formuladas por el Gobernador a un párrafo o inciso del artículo 6o. de la Ordenanza No. 008 de 14 de noviembre de 1991, por la cual se fijó el presupuesto de ingresos y gastos de la Contraloría del Departamento para la vigencia fiscal de 1992.

b) De "la sanción del Gobernador del Departamento de Risaralda a la referida Ordenanza No. 008 de 1991, lo cual se llevó a efecto el 20 de abril de 1992".

Del análisis del primero de los actos referenciados, la Sala considera que este constituye un acto de simple trámite dictado dentro del procedimiento administrativo legalmente establecido para la expedición de las Ordenanzas en los artículos 72 a 88 del Decreto 1222 de 1986, con el cual no se puso fin a la actuación adelantada, sino por el contrario, su existencia hizo posible el nacimiento a la vida jurídica del acto principal y definitivo, que lo constituye la Ordenanza No. 008 de 1991. Por la anotada razón, dicho acto acusado no resulta enjuiciable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En cuanto al segundo de los actos acusados, la Sala también hace notar que no es jurídicamente viable demandar el acto de sanción ejecutiva de la Ordenanza No. 008 de 14 de noviembre de 1991, pues aquél forma parte integrante de esta, y sin ella la ordenanza no existe, al tenor de lo dispuesto por los artículos 77 y 81 del Decreto 1222 de 1986.

De lo expuesto la Sala concluye que en el caso sub judice se impone un pronunciamiento inhibitorio, lo cual habrá de conducir a que en la parte resolutive

de este fallo se confirme la sentencia recurrida, aun cuando por diferentes razones de las expresadas por el *a quo*.

En mérito de las anteriores consideraciones, 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.- CONFIRMASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 2 de octubre de 1992, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Con envío de copia, comuníquese esta sentencia a los señores Gobernador y Presidente de la Asamblea del Departamento de Risaralda.

Tercero.- En firme este fallo, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y tres.

LOS CONSEJEROS

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

**ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES / JUNTA
DIRECTIVA - Integración / SERVICIOS PUBLICOS
MUNICIPALES / POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites**

El Decreto 1967 de 1992, contentivo de las disposiciones cuya suspensión provisional se solicita, fue expedido por el Gobierno Nacional con la finalidad de reglamentar el Título IX del C.R.M. en cuanto a la conformación de las juntas o concejos directivos de los establecimientos descentralizados del orden municipal responsables de la prestación de servicios públicos locales. El artículo 11 acusado desborda a simple vista la potestad reglamentaria del Presidente de la República, e incurre también en evidente violación del art. 161 del C.R.M., pues en tanto esta norma legal autoriza a los particulares para ser miembros de hasta dos juntas o concejos directivos, aquella prohíbe tal participación "en más de una junta o consejo directivo". DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del art. 11 del Decreto 1967 de 7 de diciembre de 1992.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: Dr. *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2311. Actor: MARÍA TERESA GARCÉS LLOREDA.

La ciudadana María Teresa Garcés Lloreda, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., acude ante esta Corporación

para demandar, previa suspensión provisional, la declaratoria de nulidad de los artículos 1 a 19 del Decreto No. 1967 de 7 de diciembre de 1992, expedido por el Presidente de la República con la firma del Ministro de Gobierno, “por el cual se reglamenta el Título IX del Código de Régimen Municipal en lo relacionado con la conformación de Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas del orden municipal responsables de la prestación de servicios públicos locales”.

No obstante que la demanda carece de designación de la parte demandada, aunque sí se solicita la notificación personal del auto admisorio de la demanda al Presidente de la República y al Ministro de Gobierno, la Sala, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 149 del C. C.A., entiende que la parte demandada es la Nación, representada por el Ministro de Gobierno.

Con la aclaración anterior, y encontrando que la demanda reúne los demás requisitos y formalidades que exigen los artículos 137 y 139 del C.C.A., será admitida en la parte resolutive de esta providencia.

SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL:

Las disposiciones sobre las cuales recae dicha solicitud tratan sobre los siguientes aspectos: determinación de las entidades descentralizadas en cuyas juntas o consejos directivos tienen derecho a participar los usuarios de los servicios públicos domiciliarios (art. 1o.); concepto del término “usuario” (art. 2o.); determinación de las asociaciones a través de las cuales participan los usuarios y condiciones para ello (art. 3o.); número de delegados que pueden elegir las asociaciones y requisitos para participar en la elección de representantes (art. 4o.); causales por las cuales las alcaldías pueden rechazar las solicitudes que no cumplan con los requisitos (art. 5o.); autoridades que pueden convocar a los delegados para que se instalen en Asamblea de Usuarios (art. 6o.); elección de presidente, secretario y escrutadores de la Asamblea de Usuarios (art. 7o.); procedimiento previo a la elección de representantes en las entidades descentralizadas (art. 8o.); mecanismo de listas para la elección de candidatos a las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas (art. 9o.); sistemas a aplicar para la elección y concepto de “Mayoría” (art. 10); prohibición de ser representante de los usuarios en más de una junta o consejo directivo (art.11); funcionarios ante quienes toman posesión los delegados elegidos y juramento (art. 12); funcionarios que pueden autenticar el acta y designación del alcalde para notificar a las entidades el nombre de los usuarios elegidos (art. 13); designación de las Promotorías para el Desarrollo Comunitario de la Dirección General de Integración y Desarrollo de la Comunidad del Ministerio de Gobierno para informar e instruir a los elegidos sobre las normas precedentes (art. 14); facultad a las organizaciones sociales para recepcionar las quejas de

SECCION PRIMERA

los usuarios de los servicios públicos domiciliarios y transmitirlos a los representantes escogidos ante las juntas o consejos directivos.

La demandante fundamenta su solicitud de suspensión provisional en que las disposiciones acusadas incurren en manifiesta violación de los artículos 103-3, 113, 150-23, 152 literal d), 189-11 y 369 de la Constitución Política, y de los artículos 157 e inciso primero del artículo 161 del Código de Régimen Municipal, transgresión ésta que sustenta en los mismos hechos, normas superiores y concepto de violación expresados en la demanda y que pueden resumirse así:

El artículo 369 de la Constitución Política defiere al legislador la competencia para determinar los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten servicios públicos domiciliarios. Debido a ello, no se puede pretender, como lo hizo el Gobierno mediante el acto acusado, que dicha materia ya estaba regulada por la ley, pues siendo el Código de Régimen Municipal anterior a la Constitución, ninguna de sus normas se refieren a tales derechos y deberes, así como tampoco definen ni establecen los procedimientos para la elección de sus representantes en las juntas o consejos directivos de las empresas estatales que presten los servicios.

De otra parte, el artículo 152 de la Carta Política establece que es de competencia del Congreso regular, mediante leyes estatutarias, las instituciones y mecanismos de participación ciudadana, tanto política como en relación con la gestión pública, como muy bien lo entendió el Ponente del Proyecto de Ley No. 92 de 1992, "por la cual se dictan normas sobre instituciones y mecanismos de participación ciudadana", al haber introducido a dicho proyecto el Título referente a la participación democrática de las organizaciones no gubernamentales. A lo anterior se añade el principio de cláusula general de competencia del legislador, según el cual lo que él no puede hacer son solamente aquellas actuaciones que le prohíbe el artículo 136 de la Constitución.

Si bien el inciso tercero del artículo 103 de la Carta consagra la obligación para el Estado de contribuir a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales para que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública, "... ello no quiere decir que todos los mecanismos de participación, control y vigilancia de la gestión pública deben incluir a todas estas asociaciones no gubernamentales". Además,

no es muy claro que las asociaciones gremiales o profesionales cuyo objeto lo constituyen intereses específicos diferentes, sean canales idóneos para interpretar la expresión de la voluntad de los usuarios.

En cuanto a cada una de las normas cuya suspensión provisional se solicita, la actora considera lo siguiente:

Artículo 1o.- A pesar de que esta norma reitera el reconocimiento que el artículo 369 de la Constitución hace del derecho de los usuarios a participar en la gestión de las empresas estatales que prestan servicios públicos, al mismo tiempo restringe dicho texto constitucional, al calificar las empresas municipales en las que los usuarios pueden participar como aquellas encargadas de prestar en forma directa los servicios públicos domiciliarios.

Artículo 2o.- No se objeta la definición de “usuario”, pues ella se ajusta al artículo 365 de la Constitución.

Artículo 3o.- A pesar de la disposición anterior, en esta norma se establece que la participación se hará a través de las asociaciones no gubernamentales incluidas en el artículo 103 de la Carta, a las cuales, excediendo el texto constitucional, añade las asociaciones de comerciantes e industriales, y cuando no tengan ánimo de lucro, estén domiciliadas en el municipio y estén organizadas democráticamente.

Artículos 4o. a 10.- No se formulan objeciones de carácter jurídico, pues la actora limita su actividad a hacer simple referencia a su contenido.

Artículos 12 a 15.- A pesar del contenido de estas disposiciones, “... no es claro el mecanismo para que todas las asociaciones no gubernamentales, sin importar su objeto específico, representen a cabalidad a los usuarios.”

“El sistema introducido por este decreto es por decir lo menos inequitativo, ya que coloca en pie de igualdad a una entidad que agrupe diez o menos personas y otra que agrupe un millón, cinco millones, o más”.

“Además, no distingue la naturaleza jurídica de las organizaciones sociales: coloca en pie de igualdad una Fundación para proteger niños o ancianos o para promover el arte o el teatro, una asociación de profesionales, un sindicato y una junta de acción comunal o una liga de usuarios”.

“En el fondo, este sistema adolece de una gran improvisación y de aplicarse, su resultado podría ser un tremendo atentado contra los principios de

SECCION PRIMERA

participación democrática, consagrados a profusión en la Constitución de 1991: en el Preámbulo, en los artículos 1o. y 2o. y en los mencionados en este escrito”

“Además, cuando el Gobierno usurpó funciones que le corresponden al legislador, desconoció también el artículo 113 de la Constitución, que estatuye la separación de funciones entre los órganos del Estado y en el caso que nos ocupa, entre dos ramas del poder público; y el artículo 150 de la Constitución que determina como función del Congreso que ejerce a través de las leyes, la de regular la prestación de los servicios públicos, (numeral 23)”.

A pesar de que se considerase que el Código de Régimen Municipal constituye base legal suficiente para que el Gobierno desarrollase su potestad reglamentaria, el acto acusado la excede, pues mientras que el artículo 157 del Decreto 1333 de 1986 señala que las entidades públicas o de usuarios del servicio tendrán una representación de la tercera parte de sus miembros en las mencionadas juntas o consejos directivos, el acto acusado “... extiende su representación a todo tipo de asociaciones no gubernamentales”.

Por último, mientras que el Código de Régimen Municipal prohíbe a los particulares ser miembros en 2 o más entes o consejos directivos de establecimientos descentralizados, el artículo 11 del acto acusado limita dicha participación “... a una junta o consejo directivo, con claro exceso del texto que pretende reglamentar”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En primer término, la Sala hace notar que, como se expresa en su encabezamiento, el Decreto 1967 de 1992, contenido de las disposiciones cuya suspensión provisional se solicita, fue expedido por el Gobierno Nacional con la finalidad de reglamentar el Título IX del Código de Régimen Municipal en cuanto a la conformación de las juntas o consejos directivos de los establecimientos descentralizados del orden municipal responsables de la prestación de servicios públicos locales.

Ahora bien, en cuanto a las alegadas transgresiones manifiestas de normas superiores por parte de las disposiciones acusadas, la Sala considera lo siguiente:

1) El hecho de que el artículo 369 de la nueva Carta Política defiera a la ley la determinación de los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten servicios públicos domiciliarios, no implica necesariamente que el acto acusado incurra en violación, y menos flagrante, de tal norma constitucional, pues, precisamente, su fuente la constituye la misma

ley, como quiera que reglamenta normas del Decreto-Ley 1333 de 1986, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias que al Presidente de la República le confirió la Ley 11 de 1986.

2) En lo referente al artículo 103 de la Constitución Política, la Sala tampoco evidencia su flagrante violación, toda vez que cuando el artículo 3o. del acto acusado incluye a las asociaciones de comerciantes e industriales dentro de las asociaciones no gubernamentales con derecho a elegir representantes en las juntas o consejos directivos de las entidades públicas que presten servicios domiciliarios, en este momento procesal puede pensarse que ello resulta viable de acuerdo con la enumeración genérica que de dichas entidades consagra la norma que la actora considera transgredida y no se opone a lo dispuesto por el artículo 157 del Código de Régimen Municipal, que autoriza tal representación a "... entidades cívicas o de usuarios del servicio".

3) Por las mismas razones expuestas en el numeral 1 de estas consideraciones, la Sala tampoco advierte violación manifiesta de los artículos 113, 150-23 y literal d) del artículo 152 de la Carta Política.

4) En cuanto a los reparos de la actora a los artículos 12 a 15 del acto acusado, la Sala se abstiene de analizarlos, pues no se fundamentan en la transgresión de disposiciones superiores en concreto.

5) En lo relacionado con la violación del artículo 189-11 de la Carta, la Sala encuentra que efectivamente, como lo plantea la solicitante de la medida precautelativa, el artículo 11 del acto acusado desborda a simple vista la potestad reglamentaria del Presidente de la República, e incurre también en evidente violación del artículo 161 del Código de Régimen Municipal, pues en tanto esta norma legal autoriza a los particulares para ser miembros de hasta dos (2) juntas o consejos directivos, aquella prohíbe tal participación "... en más de una junta o consejo directivo", razón por la cual en la parte resolutive de esta providencia se decretará su suspensión provisional.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o.- ADMITASE la demanda presentada por la ciudadana María Teresa Garcés Lloreda.

En consecuencia, se dispone:

SECCION PRIMERA

- a) Tener como parte demandante a la citada ciudadana.
- b) Tener como parte demandada a la Nación Colombiana, representada por el Ministro de Gobierno.
- c) Notifíquese personalmente esta decisión al señor Ministro de Gobierno, con entrega de copia de la demanda y sus anexos.
- d) De conformidad con el artículo 56 del Decreto 2651 de 1991, notifíquese personalmente la admisión de la demanda a la señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación, con entrega de copia de la demanda y sus anexos.
- e) Ffjese 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 Secretaria General, el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado dentro del término de diez (10) días, contados a partir de aquél en que reciba el 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 cinco mil pesos (\$5.000.00), en efectivo, dentro de los diez (10) días siguientes al de regreso del expediente a la Secretaría de la Sección.

2o. DECRETASE la suspensión provisional de los efectos del artículo 11 del Decreto 1967 de 7 de diciembre de 1992.

3o. Comuníquese esta decisión al señor Ministro de Gobierno, previniéndolo respecto de la prohibición expresa que establece el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo, sobre reproducción en forma alguna, de contenido idéntico, similar o equivalente al de la norma suspendida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha primero de abril de mil novecientos noventa y tres.

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

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / ARRENDAMIENTO AERONAUTICO / TARIFA

Conforme a la ley, las entidades públicas, para determinar el precio mensual de arrendamiento, deben hacerlo en términos de porcentajes sobre el avalúo catastral que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi debe practicar sobre los inmuebles objeto de arrendamiento. Sin embargo las resoluciones acusadas en el artículo 1o. adoptan como unidad de, medida para el cobro de los arrendamientos salarios mínimos legales diarios, la que a su vez se utiliza en el artículo 2o. para adoptar las tarifas mínimas de arrendamiento y en los artículos 3o. y 5o. de la Resolución 17108 de 1991 para modificar el valor del arrendamiento por metro cuadrado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sala Disciplinaria.
Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2084. Autoridades Nacionales. Actora: MARIA CAROLINA RODRIGUEZ RUIZ.

Le corresponde a la Sala decidir respecto de la acción de nulidad, propuesta por la ciudadana MARIA CAROLINA RODRIGUEZ RUIZ, quien obra en nombre propio, contra las Resoluciones Nos. 8892, 9507, 11249 y 17108 de julio 9, agosto 1o., septiembre 6 y diciembre 20 respectivamente, todas de 1991, expedidas por el Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. Mediante dichas resoluciones se fijan tarifas de arrendamiento no aeronáutico y aeronáutico en el Aeropuerto Eldorado de

SECCION PRIMERA

SantaFe de Bogotá D.C., y tarifas de arrendamiento aeronáutico no aeronáutico en los aeropuertos Alfonso Bonilla Aragón de Cali, Ernesto Cortíssoz de Barranquilla, José María Córdova de Rionegro y Rafael Núñez de Cartagena.

PETICIONES.

La demandante en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, formula al Consejo de Estado las siguientes peticiones:

1. "Que se declare la nulidad de las Resoluciones 8892, de 1991, por la cual se fijan tarifas de arrendamiento no aeronáuticos en el aeropuerto Eldorado de Santafé de Bogotá, D.C, de las Nos, 9507 de 1991 y 17108 de 1991, por las cuales se fijan tarifas de arrendamiento aeronáuticos del mismo aeropuerto, y de la No. 11249 de 1991, por la cual se fijan las tarifas de arrendamiento aeronáutico y no aeronáutico en los aeropuertos "Alfonso Bonilla Aragón" de Cali. "Ernesto Cortissoz" de Barranquilla, "José María Cordova" de Rionegro y "Rafael Núñez" de Cartagena, todas emanadas del Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil".

2. "Que se ordene darle a la sentencia que se dicte la ejecución contemplada en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo".

HECHOS.

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se sintetizan:

1. El Decreto 3444 de 25 de noviembre de 1985, por el cual se dictan normas sobre arrendamiento para las entidades públicas, preceptúa los artículos 2 y 3:

"ARTICULO 2o. El Instituto Geográfico Agustín Codazzi deberá practicar avalúo sobre los inmuebles objeto de arrendamiento.

"ARTICULO 3o. Cuando se tomen inmuebles arrendamiento, las entidades públicas pagarán como máximo un precio mensual igual al uno por ciento (1%) del avalúo mencionado en el artículo anterior. Cuando tales entidades den inmuebles en arrendamiento, el precio mensual mínimo que cobrarán será de uno por ciento (1%) de avalúo referido".

2. El Decreto No. 1376 del 30 abril de 1986, subrogó el Decreto No. 3444 de 1985, el cual fue declarado nulo por el Consejo de Estado en sentencia del 17 de abril de 1991.

3. A través de las Resoluciones Nos. 8892 de 1991, 2507 de 1991 y 17108 de 1991, el Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, fijó tarifas de arrendamientos no aeronáutico la primera y aeronáuticos las dos restantes para el Aeropuerto Eldorado, la Resolución No. 11249 de 1991, por la cual se fijan tarifas de arrendamiento aeronáutico y no aeronáutico a los aeropuertos "Alfonso Bonilla Aragón" de Cali, "Ernesto Cortissoz" de Barranquilla, "José María Cordova" de Rionegro y "Rafael Núñez" de Cartagena.

4. Con las Resoluciones anteriores se adoptó como unidad de medida para la fijación de los cánones de arrendamiento la del salario mínimo legal diario o mensual según el caso, igualmente, tarifas mínimas de acuerdo a las categorías de los inmuebles aeronáuticos y no aeronáuticos. Dichas categorías fueron recomendadas por la Organización de Aviación Internacional -OACI-.

"En cumplimiento de las Resoluciones acusadas, se toma el salario mínimo mensual, lo dividen por 30 días para obtener un cociente diario y esa cifra la multiplican por diferentes cantidades de salarios fijados arbitrariamente, para obtener un total dado por metro cuadrado de superficie de las áreas arrendadas, como canon de arrendamiento".

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION.

En el libelo se citan como violados los artículos 1o., 2o. y 3o. del Decreto No. 3444 de 1985, 6o. y 121 de la Constitución Nacional y 1981 del Código Civil.

En el concepto de violación señala la accionante que se violaron los artículos 2o. y 3o. del Decreto 3444 de 1985, por cuanto se omitió el avalúo previo que debe hacer el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, desconociéndose así la base mínima legal de los cánones de arrendamiento.

Se dice igualmente en la demanda que en los considerandos de tales resoluciones la Aeronáutica acogió las categorías propuestas por la OACI como simples "recomendaciones", las cuales carecen de eficacia legal, a pesar de lo cual las toman como decisiones gubernamentales obligatorias; y que, en los mismos considerandos se expresa que "para facilitar la administración y cobro de dichas tarifas" se considera necesario "buscar una equivalencia que facilite

SECCION PRIMERA

su actualización”, para lo cual utiliza el “salario mínimo legal diario como unidad de medida” y para ello se carecería de autorización legal violando así los parámetros señalados en el citado Decreto 3444.

Aduce que debido a la falta de competencia o autorización legal para su aplicación, se violó el Decreto No. 3444 de 1985 en su Artículo 1o. y Decreto 222 de 1983, porque los contratos de arrendamiento son de derecho privado y no administrativos.

Señala también como violado el Artículo 1o. del Decreto 3444 de 1985, según el cual “Los contratos de arrendamiento que celebren las entidades públicas se sujetarán a las normas de contratación administrativa previstas en el Decreto No. 222 de 1983”, y que este Decreto fijó 10 categorías de contratos administrativos, dentro de las cuales no se encuentra el arrendamiento, agregando que “son contratos de derecho privado los demás”.

Anota la demandante que como consecuencia se desconocieron los artículos 156. a 162 del Decreto No. 222 de 1983, que hacen relación a los contratos en los cuales la administración toma en arrendamiento un bien. El artículo 162 alude al caso en que la entidad pública da en arrendamiento un bien; la norma se refiere sólo a que pueden preverse reajustes de la renta, “pero con subordinación en todo caso a lo que prevean las normas legales o reglamentarias sobre el control de arrendamiento”.

Señala, que el artículo anteriormente citado, se violó por cuanto para efectuar los reajustes de los canones de arrendamiento de los inmuebles a los cuales las entidades públicas den tal carácter, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 2o. y 3o. del Decreto No. 3444 de 1985, afirmando que la norma fue violada por falta de aplicación o indebida aplicación el artículo 16 del Decreto No. 222 de 1983.

Alega igualmente, que no se respetaron las disposiciones en materia de contratos de arrendamiento celebrados por las entidades públicas, tal como lo preceptúa el artículo 1981 del Código Civil, incurriéndose en su violación.

Finalmente, que en cuanto al canon de arrendamiento de los inmuebles dados por las entidades públicas, de acuerdo a su naturaleza civil el precio debe ser determinado por los contratantes, (Artículo 1864 inc. 1o. C.C.) y no podrá dejarse el precio al arbitrio, de uno de ellos (Artículo 1865 C.C. *in fine*), aplicándose la teoría de la autonomía de la voluntad, y que por lo tanto, sí no hay convención sobre el precio, no hay acuerdo de voluntades, según la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil del 8 de julio de 1977, concluye afirmando que “ello no se opone a que la ley señale un canon mínimo

y la forma de determinarlo, y no existiendo convención, los contratos están viciados de nulidad”.

RAZONES DE LA DEFENSA

El Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil a través de su apoderada, en escrito que obra a folios 61 y 62 del expediente, aunque no contestó la demanda, solicitó la práctica de unas pruebas, las cuales fueron denegadas por el Despacho, en auto del 4 de diciembre de 1992.

ALEGATOS DE CONCLUSION.

En la oportunidad procesal las partes alegaron en conclusión.

La parte actora reiteró las peticiones hechas tanto en la demanda, como en el memorial de oposición al recurso de reposición interpuesto por la demandada, contra el auto que decidió la Suspensión parcial de los actos acusados.

La parte demandada expresó, que los pasajes oscuros de una ley de acuerdo con el artículo 30 del C. C., pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, y que para el régimen de arrendamiento hay que tener en cuenta lo señalado en los Decretos 3444 del 25 de noviembre de 1985 y 222 de 1983 artículos 156 y 158: Código Civil y Código de Comercio, en su parte pertinente, por orden expresa de los artículos 16 y 80 del Decreto 222 de 1983.

Argumenta en su alegato que el artículo 3o. del Decreto No. 3444 de 1985 presenta un vacío y una duda que no previó el legislador por cuanto la disposición no fue expresa en establecer topes máximos y dejó abierta la posibilidad por el simple hecho de mencionar la palabra “mínimo”, debiéndose recurrir a la igualdad natural indicada en el artículo 32 del C.C., ya que si el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil cobra el 1% del valor del avalúo del Aeropuerto Internacional Eldorado que tiene aproximadamente 120 hectáreas para un local de 18 metros cuadrados, ello conllevaría a un desequilibrio económico que lesionaría los intereses del particular.

La señora Agente del Ministerio Público, conceptuó que al declararse la nulidad del Decreto No. 1376, el Decreto No. 3444 de 1985, el cual había sido derogado por aquel, recobra vigencia y que al darse una simple confrontación de los actos traídos a juicio con dichas normas, se advierte que desconocen las previsiones legales en ellas contenidas, aludiendo el procedimiento relativo al avalúo catastral que ha de practicar el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, sobre los inmuebles objeto de arrendamiento, para establecer los cánones

SECCION PRIMERA

respectivos. Concluye diciendo que su Despacho está de acuerdo “con la deducción lógica de la Sección para denegar la suspensión Provisional de los demás artículos de las Resoluciones acusadas y estima que tales razonamientos son también suficientes para denegar su anulación”.

CONSIDERACIONES:

La demandante en el proceso que entra a decidirse, quien actúa en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, ha solicitado la declaratoria de nulidad de los cuatro actos administrativos enlistados en los prolegómenos de esta providencia.

Fundamento de la demanda de nulidad, es la violación señalada por la actora de varias normas de estirpe superior a saber: Los artículos 2o. y 3o. del Decreto 3444 de 1985, los artículos 6o, y 121 de la Constitución Nacional, el artículo 1o. del mismo Decreto 3444 de 1985, el artículo 16 del Decreto 222 de 1983, el artículo 1981 del C.C., según el orden en que fueron citadas por la accionante. A la verificación de esa violación se dispone la Sala.

Los artículos segundo y tercero del Decreto 3444, rezan en su orden:

“ARTICULO 2o.- El Instituto Geográfico Agustín Codazzi deberá practicar un avalúo sobre los inmuebles objeto de arrendamiento.

“ARTICULO 3o.- Cuando se tomen inmuebles en arrendamiento, las entidades públicas pagarán como máximo un precio mensual igual al uno por ciento (1%) del avalúo mencionado en el artículo anterior. Cuando tales entidades den inmuebles en arrendamiento, el precio mensual mínimo que cobrarán será de uno por ciento (1%) del avalúo referido”.

En auto del 21 de agosto de 1992, por medio del cual esta Sección decretó la suspensión provisional, en forma parcial, de los actos demandados, se hizo referencia a las normas transcritas en los siguientes términos:

“Según las precisadas normas las entidades públicas, para determinar el precio mensual de arrendamiento, deben hacerlo en términos de porcentajes sobre el avalúo catastral que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi debe practicar sobre los inmuebles objeto de arrendamiento.

“Sin embargo las resoluciones acusadas en el artículo 1o. adoptan como unidad de medida para el cobro de los arrendamientos salarios mínimos

legales diarios, la que a su vez se utiliza en el artículo 2o. para adoptar las tarifas mínimas de arrendamiento y en los artículos 3o. y 5o. de la Resolución 17108 de 1991 para modificar el valor del arrendamiento por metro cuadrado.

“Queda claro entonces que los artículos 1o. y 2o. de las Resoluciones 8892, 9507 y 11249 y los artículos 1o., 2o., 3o. y 4o. de la Resolución 17108, transgreden en forma manifiesta el Decreto 3444 de 1985 y por tal circunstancia respecto de ellos procede decretar la medida cautelar solicitada.

“No ocurre lo mismo en tratándose de los artículos terceros de las Resoluciones 8892, y 11249, del mal numerado art. 2o. de la Resolución 9507 y del 5o. de la Resolución 17108; los cuales no violan ostensiblemente las normas del Decreto 3444 invocadas por la demandante, pues se limitan a señalar que “El Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil otorgará los locales mediante un contrato de arrendamiento en donde se especifiquen la ubicación, características, derechos y obligaciones del arrendatario.

“Tampoco observa la Sala la violación flagrante de los artículos 6o. y 121 de la Constitución Nacional, ni del artículo 16 del Decreto 222 de 1983, por parte de los actos acusados, porque si de los ordenamientos constitucionales se trata hay que decir que ellos antes que a la validez de las Resoluciones censuradas, apuntan a la responsabilidad de los funcionarios y autoridades, y en relación con el artículo 16 del Decreto 222, si bien es cierto que esta disposición no contempla como administrativo el contrato de arrendamiento, no lo es menos que la contenida en el artículo 80 señala el arrendamiento como uno de los contratos de que trata el estatuto contractual. Recordemos que el artículo 1o. del Decreto 3444 de 1985 prescribe que los contratos de arrendamiento que celebren las entidades públicas se sujetarán a las normas de contratación administrativa”.

Estando el proceso *ad portas* de su conclusión se observa al examinar el expediente que la demanda no fue contestada. Aparece sí, un alegato de conclusión en la que la señora apoderada del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil limita sus argumentos a la medida tomada por esta Sala de suspender provisionalmente algunas de las disposiciones acusadas, “por que (sic) al fijar las tarifas de arrendamientos aeronáuticos y no aeronáuticos y para adoptar las tarifas mínimas y modificar el valor del arrendamiento por metro cuadrado el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil toma como unidad de medida salarios mínimos legales diarios cuando según los

SECCION PRIMERA

artículos 2 y 3 del Decreto 3444 de 1985 por el cual se dictan normas sobre arrendamientos para las Entidades Públicas. La determinación del precio mensual de arrendamiento debe hacerse en términos de porcentajes sobre el avalúo catastral que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi debe practicar sobre los inmuebles objeto del arrendamiento” (se respeta la puntuación original).

Insiste la respondiente en que el Estado no puede ser ajeno a los incremento que sufre el peso con relación al dólar, producto de las leyes económicas y que, por lo tanto, no se puede seguir cobrando el tope mínimo establecido en el artículo 3o. del Decreto 3434 (sic) de 1985 de acuerdo con el avalúo que haya efectuado el Instituto Geográfico Agustín Codazzi. No hace, sin embargo, referencia alguna en defensa a la omisión que se hizo en los actos acusados, del cumplimiento a lo ordenado por el artículo segundo del Decreto 3444 de 1985, en cuanto al avalúo que debe practicar el Instituto aludido sobre los inmuebles objeto del arrendamiento; tampoco defiende los actos atacados frente a las normas superiores presumiblemente violadas por los mismos y, afirmando que el artículo tercero del Decreto 3444 de 1985 “ofrece un gran vacío y una duda que no previó el legislador por cuanto una expresión aritmética no puede establecerse sin su mínimo común múltiplo y su máximo común divisor”, invoca la aplicación del artículo 32 del Código Civil sobre la “igualdad natural” para concluir pidiendo que se levante la suspensión provisional.

En conclusión, la apoderada de la Aeronáutica Civil, aceptó tácitamente que los actos demandados habían pretermitido los requisitos que la Ley exigía y enrutó sus alegaciones hacia temas que no son objeto de discusión en esta causa en la que interesa, esencialmente, el desobedecimiento de los actos administrativos demandados a las normas superiores a las que debieron sujetarse. Es que, valga la pena aclararlo, no es la filosofía que debe imperar sobre el control de precios de arrendamiento, ni la necesidad de actualizar los avalúos, ni la incidencia que los cambiantes factores económicos deben tener sobre esa actualización, lo que constituyen el meollo del asunto que se ventila en este proceso. El *petitum* de la demanda se fundamenta única y exclusivamente en la violación que los actos demandados acusan, respecto del procedimiento de su expedición y de la técnica jurídica que debió presidirlos, de concisas y perentorias disposiciones cuyo cumplimiento no estaba *ad libitum* del funcionario que los expidió.

Fácilmente se colige de la pertinente aclaración que se acaba de hacer, que las consideraciones expuestas por la Sala como motivación de la suspensión provisional, readquieren plena validez en este momento del proceso como fundamento jurídico suficiente para confirmar como sentencia lo que provisionalmente se había decidido.

En relación con las otras normas citadas como agredidas, basta con hacer notar, como ya se precisó en el auto aludido y ut supra transcrito, que los actos demandados no acusan propiamente una transgresión flagrante de los artículos 6o. y 121 de la Constitución Nacional, ni el artículo 16 del Decreto 222 de 1983 porque los ordenamientos constitucionales apuntan mas que todo a la responsabilidad en general de los funcionarios y las autoridades y, por otra parte, aunque el artículo 16 del Estatuto Contractual no contempla como administrativo el contrato de arrendamiento, se debe tener en cuenta que la norma contenida en el artículo 80 de la misma normatividad lo incluye entre los que se deben sujetar a las normas de contratación administrativa. Por esta razón, tampoco aparece como violado el artículo 1981 del Código Civil puesto que los "arrendamientos de bienes de la Unión, o de establecimientos públicos de ésta" se deben sujetar a lo que en los artículos precedentes se dispone, con la salvedad "de lo estatuido en los códigos o en las leyes especiales".

Por lo expuesto en las anteriores consideraciones, 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:

Primero.- DECRETASE LA NULIDAD de los artículos 1o., 2o., 3o., y 4o., de la Resolución No.17108 de 20 de diciembre de 1991; 1o. y 2o. de las Resoluciones 8892 de 19 de julio, 9507 de 1o. de agosto y 11249 de 6 de septiembre de 1991, expedidas por el Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

Segundo.- NO DECRETAR la nulidad de los demás artículos de las Resoluciones acusadas.

Tercero.- DEVUELVA a la parte actora el depósito constituido para gastos ordinarios del proceso por no haber sido utilizado.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 1o. de abril de 1993.

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

**MONOPOLIO DE LOTERIAS / DEPARTAMENTO / PRINCIPIO
DE AUTONOMIA / ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Facultades**

Es a las Asambleas Departamentales a las que corresponde, en virtud de la ley reglamentar todo lo concerniente a las loterías, incluido como es obvio, lo relativo a la limitación del valor de cada sorteo. Si el monopolio de las loterías corresponde a los Departamentos y su reglamentación a sus respectivas Asambleas, esta potestad implica la de fijar reglas sobre el número de billetes que pueden integrar cada sorteo, sus modalidades de emisión, las particularidades de los premios (con observancia de los porcentajes legalmente establecidos), la periodicidad de los sorteos, los días y fechas de juego, y el señalamiento, en fin de las reglas para la conformación de los planes premios. Todo ello, guarda relación y concordancia con el principio de autonomía de que gozan las entidades territoriales para la gestión de sus intereses y dentro de los límites de la Constitución y la ley. Si los Departamentos tienen dicho monopolio pueden, en consecuencia, regular todo lo referente al ejercicio del mismo, dictando por medio de sus respectivas Asambleas los principios y normas a las que deban sujetarse los entes encargados de gestionar la señalada autoridad. **DECLARA LA NULIDAD** de los artículos 1o., 2o. y 3o. del Decreto Reglamentario No. 2127 de 14 de septiembre de 1989 y de los artículos 3o., 4o., 6o., 7o. y el parágrafo del artículo 8o. del Decreto Reglamentario No. 971 de 9 de mayo de 1990, expedidos por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá D.C., dieciséis (16) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2094. Acción: Nulidad. Actor: FABIO AUGUSTO LEYVA MEDINA.

Negada la ponencia presentada por el Consejero doctor Yesid Rojas Serrano, procede la Sala a dictar sentencia en los siguientes términos:

El ciudadano FABIO AUGUSTOS LEYVA MEDINA, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha ocurrido ante esta Corporación a demandar la nulidad de los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Reglamentario No. 2127 de 14 de Septiembre de 1989 y que deroga el artículo 2º del Decreto 2067 de 1940 “por el cual se reglamenta la Ley 64 de 1923”, y los artículos 3º, 4º, 6º, 7º y el párrafo del artículo 8º del Decreto Reglamentario No 971 de 9 de Mayo de 1990 “por el cual se reglamentan los Sorteos Extraordinarios de Lotería”, expedidos por el Gobierno Nacional.

I.- LOS ACTOS ACUSADOS.

El texto del Decreto 2127 de 1989, en su parte acusada, es el siguiente:

“Artículo 1º. Los sorteos son de carácter ordinario que realicen las Loterías Oficiales en desarrollo de la Ley 64 de 1923, sólo podrán efectuarse una vez por semana.

En la realización de los sorteos ordinarios, las Loterías Oficiales deberán observar estrictamente el plan de premios que para ese efecto haya sido expedido y aprobado por las autoridades competentes.

Los sorteos ordinarios se efectuarán en los días y fechas que señala el calendario anual de juegos adoptado por cada entidad.

Artículo 2º. La emisión de billetes para los sorteos ordinarios estará sometida a una cualquiera de las siguientes modalidades:

1. Billetería con numeración continua y progresiva entre 0000 y 9999, para una emisión de 10.000 billetes.

Estos billetes no podrán ser divididos en más de 100 fracciones por unidad.

2. Billetería presentada en series y billetes fraccionados así:

SECCION PRIMERA

a) Cada una de las series se compondrá de 1.000 billetes numerados en forma sucesiva y continua entre el 000 y el 999, para una emisión máxima de 100 series y 100.000 billetes.

Los billetes que forma cada serie podrán ser divididos hasta en 10 fracciones:

b) Cada una de las series se compondrá de 10.000 billetes, numerados en forma sucesiva y continua entre el 0000 y el 9999, para una emisión máxima de 10 series y 100.000 billetes o unidades.

Los billetes que conformen cada serie podrán ser divididos hasta en 10 fracciones. En ningún caso la emisión para cada sorteo ordinario sumará más de 100.000 fracciones por serie;

c) Billetería con numeración progresiva y continua entre el 00000 y el 99999, para una emisión máxima de 100.000 billetes y 1.000.000 de fracciones.

Artículo 3o. En la presentación, adopción y revisión de los planes de premios para los sorteos ordinarios semanales, se observarán y aplicarán las siguientes reglas:

1. El monto total del Nuevo Plan de premios no podrá exceder en más de un 25% al monto del plan de premios por sustituir.

Cuando la vigencia de un plan de premios fuere superior a dos (2) años podrá incrementarse el porcentaje anterior a razón de cinco (5) puntos por año, excluido el inicial.

2. El valor del premio mayor podrá representar has el 55% del monto total del plan de premios, como máximo.

3. El número de billetes y fracciones que comprenda la emisión será establecido teniendo en consideración los siguientes factores y criterios:

a) Porcentajes de ventas registrados en el cuatrienio anterior;

b) Estimativo de ventas futuras esperadas con el nuevo plan. Estos estimativos serán elaborados según procedimientos idóneos de proyección, pronósticos señalados por la respectiva autoridad de vigilancia y control;

c) Ingresos y capacidad de compra de las distintas categorías de consumidores;

d) Situación económica general del mercado local y del mercado externo.

Parágrafo. La factibilidad financiera, comercial y de ventas de nuevos planes de premios deberá ser acreditada ante la respectiva autoridad de vigilancia y control por medio del estudio técnico que exige el artículo 1° del decreto 1332 de 1989”.

Las disposiciones demandadas del Decreto 971 de 1.990. son del siguiente tenor:

“Artículo 3°. Sujeción al plan de premios. En la realización de los sorteos extraordinarios se deberá observar estrictamente los planes de premios que hayan sido adoptados y aprobados por el Ministerio de Salud o la autoridad de vigilancia y control que haga sus veces.

Artículo 4°. Modalidades de la emisión. En la billettería que se emita para los sorteos extraordinarios se empleará, salvo disposición legal en contrario, una cualquiera de las siguientes modalidades:

1. Billetería con numeración continua y progresiva entre 0000 y el 9999, para un total de 10.000 billetes. Estos no podrán ser divididos en más de 100 fracciones cada uno.
2. Billetería con numeración continua y progresiva entre el 0000 y el 9999, con un máximo de emisión de cinco series, para un total de 50.000 billetes. Estos no podrán ser divididos en más de 20 fracciones cada uno.
3. Billetería con numeración continua y progresiva entre el 0000 y el 9999, con un máximo de emisión de 10 series, para un total de 100.000 billetes, los cuales no podrán ser divididos en más de 10 fracciones cada uno.
4. Billetería con numeración continua y progresiva entre el 0000 y el 9999, con un máximo de emisión de 20 series, para un total de 200.000 billetes, los cuales no podrán ser divididos en más de 5 fracciones cada uno.

Artículo 6. Requisitos y condiciones de los planes de premios. En la presentación, adopción y revisión de los planes de premios se observarán y aplicarán las siguientes reglas:

SECCION PRIMERA

1. El monto total del nuevo plan de premios no podrá exceder en más de un 40% el monto del plan de premios del año inmediatamente anterior.
2. Cuando algunas de las asociaciones antes mencionadas reduzca o aumente de un año a otro la cantidad de derechos aportados, afectará en la cuantía que resulte equivalente el monte del plan anterior y aplicará el total obtenido el porcentaje prescrito para calcular el plan de premios siguiente.
3. El valor del premio mayor no será superior, en ningún caso, al 60% del total de cada plan de premios.
4. El número de billetes y fracciones para cada sorteo se establecerá teniendo en cuenta los siguientes criterios y factores:
 - a) Porcentaje de ventas registrado con anterioridad;
 - b) Estimativo de ventas esperadas en el nuevo plan.

Estos estimativos serán elaborados de acuerdo con procedimiento idóneos de proyección y pronóstico. Señalados por el Ministerio de Salud o la autoridad de vigilancia y control que haga sus veces;

- c) Ingresos y capacidades de compra de las distintas clases de consumidores;
- d) Situación económica general del mercado.

Parágrafo. La factibilidad financiera, comercial y de ventas de los nuevos planes de premios deberá ser acreditada ante el Ministerio de Salud o la autoridad de vigilancia y control que haga sus veces o por medio del estudio técnico que exige el Decreto 1332 de 1.989 artículo 1°.

Artículo 7°. Calendario de sorteos. Los sorteos extraordinarios se efectuarán en las fechas señaladas en los correspondientes planes de premios.

En la determinación de las fechas se aplicaran las siguientes reglas:

1. Los sorteos se celebraran en fechas fijas anuales. Si la fecha coincide con un día festivo, el sorteo se deberá efectuar en el siguiente día hábil.

2. Las fechas determinadas en el plan de premios solo podrán modificarse por razones de fuerza mayor o caso fortuito, y con la aprobación de las autoridades de vigilancia y control.

3. No se realizará más de un sorteo en una misma fecha y entre uno y otro mediará un intervalo de por los menos cinco días.

Artículo 8°. Destinación del producto económico.....
.....

Parágrafo. Las utilidades netas en cada ejercicio serán establecidas de conformidad con el siguiente movimiento contable:

Ingresos: ventas de billetes (valor al público), premios obtenidos, premios caducados, rendimientos financieros y otros.

Gastos: Servicios personales, gastos generales (plan de premios, descuentos a mayoristas y loteros, impresión de billetes, publicidad y propaganda, impuesto de loterías foráneas, bonificaciones, otros).

Las utilidades netas serán destinadas a la asistencia pública de acuerdo con los presupuestos anuales aprobados por el Ministerio de Salud o la autoridad de vigilancia y control que haga sus veces.”.

II.- CAUSA PETENDI.

II.1.- HECHOS:

Como fundamento táctico de la acción el actor señala que el Gobierno Nacional, según versa el encabezamiento de los Decretos acusados, en el ejercicio de las atribuciones que para la época le confería el artículo 120, ordinal 3°, de la Constitución, expidió las disposiciones cuestionadas y mediante ellas introdujo reglas a las cuales deben someterse las loterías oficiales, para la realización de los sorteos tanto de carácter ordinario como extraordinario, previstos en la ley.

II.2.- Normas Violadas y Concepto de la Violación.

Como normas violadas se señalan en la demanda los artículos 5° de la Ley 64 de 1.923 y 189, numeral 11, 287, 298, 336, y 362 de la Constitución Política, resumiéndose las razones de su presunto quebranto en los siguientes cargos:

SECCION PRIMERA

Primer cargo.- Violación del artículo 5° de la ley 64 de 1.923. A partir de la vigencia de este estatuto, los departamentos ostentan la competencia exclusiva para limitar el valor de los sorteos y fijar los parámetros correspondientes a las juntas o consejos de las entidades gestoras de las loterías oficiales.

La limitación del valor de un sorteo de lotería implica considerar, entre otros factores, el número de billetes, las especificaciones de los mismos, las particularidades de los premios, con observancia de los porcentajes legalmente establecidos, la periodicidad de los sorteos y los días y fechas de juego.

Los Decretos 2127 de 1989 y 971 de 1990 reglamentaron la realización de los sorteos ordinarios y extraordinarios de las loterías oficiales y entre las disposiciones que contienen estas las acusadas.

El artículo 1° del Decreto 2127 de 1989 y 3° del Decreto de 971 de 1990 establecen que todos los sorteos deben cumplir de manera estricta los planes de premios expedidos y aprobados por las autoridades competentes, exigencia que es contraria a la Constitución.

El señalamiento de reglas, como lo hacen el citado artículo 1° y el artículo 7° del Decreto 971 de 1990, para que las entidades territoriales o sus entidades descentralizadas encargadas de la gestión de las loterías, ya sea mediante sorteos ordinarios o a través de sorteos extraordinarios, establezcan, en los correspondientes planes de premios, las fechas de los sorteos implica limitar el valor de los sorteos e inmiscuirse en la administración de las loterías.

Como se constata de la confrontación del artículo 5° de la ley 64 de 1923 con los artículos 2° y 3° del Decreto 2127 de 1989 y 4° y 6° del Decreto 971 de 1990, es claro que estos reglamentos, al fijar las modalidades de emisión de los billetes que pueden integrar cada sorteo y al señalar las reglas para la conformación de los planes de premios esta limitando el valor de los mismos y, en consecuencia, contrarían la norma superior que asigna expresamente a las Asambleas de atribución de limitar el valor de los sorteos de las loterías.

También se infringe el artículo 5° de la Ley 64 de 1923 por el artículo 6° del Decreto 971 de 1990 al determinar esta disposición que los estimativos que deben tener en cuenta las sociedades formadas por las entidades territoriales para la realización de los sorteos extraordinarios "serán elaborados de acuerdo con procedimientos idóneos de proyección y pronóstico, señalados por el Ministerio de Salud o la autoridad de Vigilancia y control que haga sus veces".

Segundo Cargo-. Violación del artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política. Se transgredió esta norma por cuanto en medida de la ley 64 de 1923 señalo explícitamente que la explotación de loterías se haría solamente por parte de los Departamentos y que las Asambleas Departamentales podrían limitar valor de los sorteos, debe concluirse que el reglamento gubernamental no puede interferir la ordenación de la gestión comercial del monopolio.

Tercer Cargo-. Violación de los artículos 287 y 298 de la Constitución Política. Considera el actor que con las disposiciones acusadas, con las cuales se determina y limita el valor de los sorteos, se pretende condicionar la autonomía constitucional de las entidades territoriales y en particular de los Departamentos en el manejo de sus asuntos propios con claro agravio de las normas constitucionales que la consagran y que establecen que solo la propia Constitución o la ley pero no el reglamento, pueden limitar y encauzar dicha autonomía.

Cuarto Cargo-. Violación de los artículos 362 y 336 de la Constitución Política. Las rentas que genera la explotación de los sorteos ordinarios y extraordinarios de las loterías por las entidades al efecto organizadas por las entidades territoriales, son, conforme al primero de los artículos citados, de la exclusiva propiedad de estas y, por ende, las actividades encaminadas a su consecución mediante la explotación del monopolio de las loterías, de propiedad de los Departamentos y Distritos que solo pueden ser limitadas por la constitución o por la ley .

Al establecerse por la ley 64 de 1923 en favor de los departamentos la permisión de explotar de manera excluyente loterías con premios en dinero, se creo un arbitrio rentístico, cuya explotación, siguiendo las pautas expresadas en la ley, corresponde ordenar a esas entidades territoriales, a través de sus órganos propios, dentro del marco constitucional establecido.

En este orden de ideas, el Decreto 971 de 1990 incurre en violación del artículo 362 de la Carta al determinar en el parágrafo de su artículo 8° el sistema para establecer las utilidades netas de cada ejercicio.

Corrobora lo anterior el artículo 336 de la Constitución en sus incisos 4° y 7°, que también resultan transgredidos por los actos acusados, según se desprende de su simple lectura.

En apoyo de sus puntos de vista el actor cita apartes de la sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, dictada el 28 de noviembre de 1991 en

SECCION PRIMERA

el expediente No. 2345 con ponencia del Magistrado doctor Rafael Méndez Arango.

III.- TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión de la demanda, fijación en lista y alegaciones.

En el auto admisorio de la demanda de 28 de Agosto de 1992 la Sala resolvió denegar la suspensión provisional solicitada en el mismo libelo. La Nación - Ministerio de Salud no dió contestación a la demanda. No se solicitaron pruebas por ser el asunto de puro derecho. Del traslado para alegar de conclusión, solo hizo uso la parte demandada para argumentar, en esencia, lo siguiente:

En el artículo 5° de la Ley 64 de 1923 se utiliza el termino **podrá**, pero ello no significa que el Gobierno Nacional no pueda reglamentar la mencionada Ley, que fué lo que hizo con base en las atribuciones conferidas por la Carta.

Las normas acusadas no infringen los artículos 287, 298 y 362 de la Constitución por cuanto el actor los interpreta relacionando la autonomía de las entidades territoriales es solo con el monopolio de las loterías, lo que es equivocado porque tales artículos se refieren a monopolio de dichas entidades y de acuerdo con el Decreto Ley 1222 de 1986, artículos 103 y siguientes y 121 y concordantes, existen otras actividades que constituyen monopolios de los Departamentos, como seria el caso de los licores.

Lo anterior demuestra que no existe nulidad en los Decretos demandados porque no es cierto que la Ley 64 de 1923 autorice únicamente a los Departamentos o establecer reglas sobre la manera de efectuar los sorteos y los calendarios en los que estos deben realizarse. Es la misma Constitución la que dispone que las entidades territoriales gozan de autonomía, pero estas debe realizar su gestión dentro de los límites de la Carta y de la ley.

En cuanto al párrafo del artículo 8° del Decreto 971 de 1990, en el solo se repite lo que ya había establecido el artículo 1° de la Ley 64 de 1923. Pero obviamente debe el Ministerio de Salud a través de la Superintendencia Nacional de Salud fiscalizar las rentas, para que las utilidades lleguen a su destino final, pues no se desconoce que estas, por provenir de la explotación de monopolios de las entidades territoriales, son de propiedad exclusiva de estas.

Con apoyo en el análisis anterior solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acusación inicial, como ha quedado reseñada, se contrae a que se ha violado con las disposiciones acusadas de los Decretos 2127 de 1989 y 971 de 1990, el artículo 5º de la ley 64 de 1923. el cual es del siguiente tenor: “las Asambleas Departamentales podrán limitar el valor de cada sorteo de las loterías oficiales”.

En orden a comprender el sentido y alcance de esta norma legal, es preciso señalar que el estatuto a que pertenece, que versa sobre loterías, preceptúa en su artículo 1º que, a partir de su promulgación, “Sólamente los Departamentos podrán establecer... una lotería con premios en dinero, y con el único fin de destinar su producto a la asistencia pública.”, sin perjuicio de la destinación que leyes anteriores hubieren hecho al servicio de la instrucción o de las obras públicas, y en su artículo 4º lo dispone, que se faculta “a los Departamentos para prohibir y reglamentar las loterías en sus territorio...”.

Aparece bien claro de las norma prealudidas que la ley ha establecido el monopolio de las loterías a favor de los Departamentos y que corresponde a las Asambleas Departamentales limitar el valor de cada sorteo.

La consagración legal del monopolio de las loterías en favor de los Departamentos encuentra reiteración en reciente disposición, por supuesto, de orden legal. En efecto, el inciso 1º del artículo 193 del Decreto Ley 1222 de 1986 es fiel reproducción del inciso 1º del artículo 193 del Decreto Ley 1222 de 1986 es fiel reproducción del inciso 1º del artículo 1º de la Ley 64 de 1923.

Igualmente, el artículo 195 de aquel estatuto corresponde exactamente al texto del artículo 5º de dicha Ley el 196, parcialmente al 6º de la misma; y el 197 sustancialmente al 9º, amén de otras similitudes.

De otra parte, el numeral 18 del artículo 62 del citado Código de Régimen Departamental establece como función de las Asambleas “Reglamentar y gravar los juegos permitidos.”

Esto último reafirma con claridad meridiana que es a las Asamblea Departamentales a las que coresponde, en virtud de la ley reglamentar todo lo concerniente a las loterías, incluído, como es obvio, lo relativo a lá limitación del valor de cada sorteo.

Si como ya se ha dicho, el monopolio de las loterías corresponde a los Departamentos y su reglamentación a sus respectivas Asambleas, esta potestad

SECCION PRIMERA

implica la de fijar reglas sobre el numero de billetes que pueden integrar cada sorteo, sus modalidades de emisión, las particularidades de los premios (con observancia de los porcentajes legalmente establecidos), la periodicidad de los sorteos, los días y fechas de juego, y el señalamiento, en fin, de las reglas para la confirmación de los planes de premios.

Todo ello, desde luego, guarda relación y concordancia con el principio de autonomía de que gozan las entidades territoriales para la gestión de sus intereses y dentro de los límites de la Constitución y la ley, según lo disponía el artículo 182 de la Constitución de 1886 y lo reitera la nueva carta con mejor regulación en artículo 287.

A este respecto de la autonomía e independencia de las entidades territoriales, es oportuno traer a colación, como lo hizo el actor en su demanda, apartes pertinentes de la sentencia de 28 de noviembre de 1991, proferida por la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado doctor Rafael Méndez Arango (expediente numero 2345, actor: Sabas Socarras Zúñiga). Por la cual resolvió la demanda de inexecutableidad contra disposiciones del Decreto Ley 1472 de 1990 sobre los alcances del control y vigilancia autorizados a la Superintendencia Nacional de Salud, decisión en la cual aquella Corporación tuvo oportunidad de precisar la proyección de la autonomía que la Constitución establece en favor de las entidades territoriales. Dijo en el citado fallo la Corte:

“...Sin embargo, considera la Corte que los literales ñ) del artículo 3° y n) del artículo 20 acusados, en cuanto atribuyen a la Superintendencia Nacional de Salud y al superintendente delegado para el nivel seccional, en ejercicio de la función de inspección, vigilancia y control, la facultad de aprobar los estatutos de las loterías y beneficencias y las reformas de estos, sus presupuestos, el sistema contable, el sistema de premios, los estados financieros y los contratos y demás actor relacionados con sus actividades, vulneran la autonomía que concede la Carta Política a los departamentos para el manejo de los asuntos seccionales, pues en estas condiciones se permite una intervención permanente en sus entidades descentralizadas por parte de la Superintendencia Nacional de Salud y una administración directa de los asuntos que a ellas conciernen, pues toda actividad que desplieguen en cumplimiento de sus objetivos debe llevar el visto bueno del superintendente delegado para el respectivo departamento, olvidando que dichas entidades no desarrollan labores que impliquen prestación de ese servicio, ya que solo son una de las fuentes de su financiamiento.

En consecuencia, esta Corporación habrá de declarar inexecutable, parcialmente, los literales ñ) del artículo 3° y n) del artículo 20 en cuanto

confieren a la Superintendencia la posibilidad de coadministrar las entidades territoriales que exploten el monopolio de juegos de suerte y azar, por violación de los artículos 287 y 298 de la Constitución Nacional.

Conviene recordar que la Ley 64 de 1923 dispuso que solamente los departamentos pueden establecer loterías con premios en dinero para destinar su producto a la asistencia pública, y los facultó para reglamentarias dentro de su territorio creando de esta manera y desde entonces para dichos entes territoriales el monopolio para la exportación rentística de ellas...

No quiere ello significar que la Superintendencia Nacional de Salud no pueda inspeccionar y vigilar dichas entidades en cuanto se refiere a las rentas obtenidas de la explotación de las loterías y apuestas permanentes, a su recaudo y giro a los servicios seccionales de salud, según la destinación que les ha señalado la Constitución y la ley, y a ello debe conducir precisamente el ejercicio de la tarea confiada a la Superintendencia; más la mencionada inspección por medio de visitas y controles estrictos y del ejercicio de la potestad disciplinaria que les es propia, no pueden implicar que se asuma por ella la administración directa de las entidades vigiladas, pues ello vulnera la autonomía de manejo que les otorgo el constituyente...”

Y no se diga, como erróneamente lo afirma la demandada en su alegato de conclusión, que la expresión “**podrá**”, utilizada en el artículo 5° de la Ley 64 de 1923, permite interpretar que no solo corresponde a las asambleas Departamentales reglamentar lo relativo a las loterías, para dar cabida y pretender justificar el ejecutivo Nacional como órgano competente para tal efecto. No, ello no es así, tal inflexión verbal simplemente guarda relación gramatical, lógica y jurídica con el artículo 1° de la misma ley, al establecer que “solamente los Departamentos **podrán** establecer... una lotería con premios en dinero...” lo cual quiere sencillamente decir que si los Departamentos tienen dicho monopolio **pueden**, en consecuencia regular todo lo referente al ejercicio del mismo, dictando por medio de sus respectivas Asambleas los principios y normas a las que deban sujetarse los entes encargados de gestionar la señalada autoridad.

Es conveniente puntualizar también que si antes de la Ley 64 de 1923, de conformidad con el artículo 2o de la Ley 98 de 1988 el Gobierno Nacional podía limitar el valor de cada sorteo, esta norma, de acuerdo con el principio de hermenéutica jurídica consagrado en el inciso 3o del artículo 71 de C.C., quedó tácitamente derogada por el artículo 5° de la Ley 64 de 1923, toda vez que aquella disposición resulta incompatible con esta.

SECCION PRIMERA

En cuanto a los demás argumentos de la parte demandada, ellos antes que configurar elementos de juicio tendientes a desvirtuar los de la parte actora, denotan definida inclinación a aceptar que los de esta están acordes con el derecho, pues es realmente cierto, como lo sostiene el apoderado judicial del Ministerio de Salud, que existen otras actividades que constituyen monopolios de los Departamentos, como ocurre con los licores; que es la Constitución la que dispone que las entidades territoriales gozan de autonomía que se ejerce dentro de los límites de la Constitución y de la ley; y que corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud fiscalizar las rentas de los monopolios, para que las utilidades lleguen a su destino final, ya que no se desconoce, dice igualmente la demandada, que estas son de propiedad exclusiva de las entidades territoriales, factores estos que han concurrido con los argumentos que ya han sido expuestos para estructurar el criterio que conlleva a concluir que la asiste razón al actor en sus planteamientos.

De todo lo anterior se desprende, pues, con absoluta claridad, que las normas acusadas infringen los artículos 336, 287 y 298 de la Carta Fundamental, cuyos contenidos corresponden a la filosofía de los artículos 31 y 182 de la de 1886.

Igualmente, se transgrede el artículo 189, numeral 11 de la nueva Carta, que corresponde al artículo 120 numeral 3º de la anterior, por aplicación indebida al ejercer ilegítimamente al Gobierno Nacional la potestad reglamentaria sobre materias reservadas a las Asambleas Departamentales.

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

FALLA:

1º DECLARASE la nulidad de los artículos 1º, 2º, y 3º del Decreto Reglamentario No. 2127 de 14 de Septiembre de 1989 y de los artículos 3º, 4º, 6º, 7º y el párrafo del artículo 8º del Decreto Reglamentario No. 971 de 9 de Mayo de 1990, expedidos por el Gobierno Nacional.

2º Devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso o su remanente.

En firme esta providencia archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 15 de Abril de 1993

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

**MONOPOLIO DE LOTERIAS / GOBIERNO NACIONAL -
Facultades (Salvamento de Voto)**

No existe competencia exclusiva que faculte a las Asambleas para limitar el valor de los sorteos de las loterías. Adquiere entonces respaldo la tesis de que la inflexión verbal “podrá”, que trae el art. 5o. de la Ley 64 de 1923, significa que las Asambleas, al igual que el Gobierno Nacional quedaban autorizadas para hacer las limitaciones a que allí se alude. Es al Gobierno a quien le corresponde reglamentar las actividades de las loterías en ejercicio de la facultad de inspección y vigilancia que respecto de ellas le otorgan la Constitución y la Ley. La facultad de inspección y vigilancia que el Gobierno tiene sobre las Juntas de Beneficencias y de Lotería es de carácter constitucional, que le permiten reglamentar todas las actividades que tales entidades adelanten en procura de sus fines, incluyendo lo relativo al valor, modalidades y planes de los sorteos. Los actos demandados no acusan contradicción alguna puesto que las loterías reglamentadas tienen como finalidad buscar utilidades destinadas a la asistencia pública y fueron establecidas en virtud de la ley. Los actos cuestionados violarían la Constitución si en ellos se dispusiera un uso diferente para dichas utilidades o se diera origen a monopolios distintos al que, exclusivamente, está dirigida la ley que reglamentan, esto es, la Ley 64 de 1923.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente No. 2094. Decretos del Gobierno. Actor: FABIO AUGUSTO LEYVA MEDINA.

Respetando como el que más la decisión mayoritaria de la Sala, en forma cordial y atenta tengo que separarme del criterio de dicha mayoría, por las siguientes consideraciones:

No puede afirmarse con absoluta certeza que la legislación sobre las loterías radique en cabeza de las Asambleas Departamentales la competencia exclusiva de reglamentar el funcionamiento del mencionado juego, ni de limitar, en ejercicio de tal reglamentación, el valor de los sorteos.

La facultad de reglamentación respecto de las loterías, no encuentra respaldo en el artículo 5o. de la Ley 64 de 1923, el que sólo le otorga a la Asamblea la facultad discrecional de “limitar el valor de cada sorteo de las loterías oficiales”, sino en el artículo 4o. de dicho estatuto, por el cual se faculta “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 ...”.

Sin embargo, el precitado artículo 4o. de la Ley 64 de 1923, debe entenderse subrogado por los artículos 1o. y 2o. de la Ley 133 de 1936, según los cuales se tornó libre en todo el territorio de la República, la circulación y venta de loterías departamentales o municipales y la prohibición de su circulación y venta persistió únicamente para las loterías extranjeras, a no ser que su funcionamiento fuera permitido mediante el pago de 10 por 100 del valor nominal de cada billete.

SECCION PRIMERA

Dicen así en lo pertinente, las normas precisadas de la Ley 133 de 1936:

“ART. 1o. 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 ni estorbar la circulación y venta de billetes de loterías de otros Departamentos o Municipios ...”.

“ART. 20. Facúltase a los Departamentos para que prohíban en su territorio la circulación y venta de loterías extranjeras, o para permitir las mediante el pago del 10 por 100 del valor nominal de cada billete, con destino exclusivo a la Asistencia Pública”.

A lo anterior debe agregarse que la Ley 98 de noviembre 14 de 1888 autorizó al Gobierno para reglamentar las loterías establecidas en la República y que en adelante se establezcan, y en sus artículos 1o. y 2o. lo facultó para “suspender o limitar, cuando lo juzgue conveniente, el número de sorteos de las loterías públicas establecidas en la república” y para “limitar el valor de cada sorteo”.

Estas disposiciones no fueron derogadas por la Ley 64 de 1923, como si lo fueron los artículos 3o. y 4o..

Si la intención del legislador de 1923 hubiera sido la de privar al Gobierno Nacional de toda forma de reglamentación hubiera derogado expresamente los artículos 1o. y 2o. de la Ley 98 de 1888.

En otras palabras no existe competencia exclusiva que faculte a las Asambleas para limitar el valor de los sorteos de las loterías. Adquiere entonces respaldo la tesis de que la inflexión verbal “podrá” que trae el artículo 5o. de la Ley 64 de 1923, significa que las Asambleas, al igual que el Gobierno Nacional quedaban autorizadas para hacer las limitaciones a que allí se alude. De otra parte, no acredita al libelista prueba alguna que confirme que la razón le asiste al aseverar que la exclusividad de esas decisiones corresponde únicamente a las Asambleas o a los Departamentos.

Es al Gobierno a quien le corresponde reglamentar las actividades de las loterías en ejercicio de la facultad de inspección y vigilancia que respecto de ellas le otorgan la Constitución y la Ley.

En efecto, el artículo 31 de la Constitución Nacional anterior permitió al legislador establecer monopolios de derecho como arbitrio rentístico y en virtud de la Ley.

En desarrollo de esta facultad constitucional se dictó la ley 64 de 1923, en cuyo artículo 1o. se dispuso:

“Solamente los Departamentos podrán establecer, desde la promulgación de la presente Ley, una lotería con premios en dinero, y con el único fin de destinar su producto a la asistencia pública ...”.

La asistencia pública tal como lo prescribió el artículo 19 de la Carta Política de 1886 es un servicio público a cargo del Estado. De esta circunstancia se desprende que corresponde a éste reglamentarla con un criterio de servicio social.

Encontramos entonces en el precitado artículo 19 la fuente del control gubernamental de las loterías, consideradas como establecimientos públicos o como entidades descentralizadas, cuyo patrimonio se encuentra destinado a una determinada finalidad social.

A propósito el tratadista Dr. Alvaro Tafur Galvis en concepto rendido a Fedelco el 24 de abril de 1984, dice:

“La fuente normativa del control gubernamental sobre entidades descentralizadas departamentales o municipales que gestionan el monopolio de lotería, en cuanto el producto del mismo se destina a la asistencia pública, se encuentra en el artículo 19 de la Constitución, como ha aceptado el propio Consejo de Estado. Así, entre otros pronunciamientos, en el concepto citado, del 15 de diciembre de 1978, se expresa a propósito del surgimiento de las entidades o Juntas de Beneficencia: “Quizá no sea equivocado afirmar que su irrupción tuvo como fundamento la necesidad de darle desarrollo y operancia a nivel departamental y municipal al mandato constitucional consagrado en el artículo 19 de la Carta, de hacer de la asistencia pública una función del Estado”. (Anales del Consejo, p. 56)”.

Inclusive, antes de que se expidiera el Decreto 3130 de 1968 y de que la doctrina y la jurisprudencia ubicaran a las Loterías dentro de la categoría de los Establecimientos Públicos, la Ley 93 de 1938 en su artículo 6o. las sometía a la inspección y vigilancia del Gobierno. Se dispone en la precitada norma:

“Las Juntas de Beneficencia o de Lotería, Cruz Roja y demás entidades que encaminen actividades a la consecución y administración de fondos para aplicarlos a la Asistencia Social, estarán bajo la inspección y vigilancia del Gobierno, en la forma en que se establezca en los decretos reglamentarios de la presente ley”.

SECCION PRIMERA

La disposición anterior fue declarada exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 14 de diciembre de 1973, porque ella no hace sino reglamentar una función del Estado, como lo atestigua el artículo 19 de la Carta.

La facultad de inspección y vigilancia que tiene el Gobierno respecto de las Loterías es una atribución constitucional que implica y requiere la potestad de escoger los medios necesarios y adecuados para lograr los fines que se propone.

De tal manera que la inspección y vigilancia, para que sea completa y efectiva debe operar frente a las diversas actividades de la entidad mediante reglamentos y pautas tendientes a que los dineros que recaude y administre sean invertidos en la asistencia pública.

De todo lo anterior se concluye que la facultad de inspección y vigilancia que el Gobierno tiene sobre las Juntas de Beneficencia y de Lotería es de carácter constitucional, que le permiten reglamentar todas las actividades que tales entidades adelanten en procura de sus fines, incluyendo lo relativo al valor, modalidades y planes de los sorteos.

En relación con el artículo 50. de la Ley 64 de 1923 citado por el actor como violado por parte de los decretos reglamentarios acusados, lo anteriormente expuesto no solamente constituye argumento para afirmar que la potestad reglamentaria no está en cabeza de las Asambleas Departamentales según el artículo 50. de la Ley 64 de 1923, sino en el Gobierno, sirve también para precisar que dicho artículo ha perdido vigencia, si en cuenta se tiene que las Loterías se consideran ahora como establecimientos públicos por aplicación analógica del artículo 70. del Decreto 3130 de 1968 y como tal, pueden estar dotadas de personería jurídica, autonomía administrativa, gobernadas por la respectiva Junta a cuyo cargo está la dirección y administración de tales loterías.

En este punto vale anotar lo dispuesto en la Resolución 150 de 1946, proferida por el Departamento de Asistencia Social del Ministerio del Trabajo, en uso de las facultades que le confirió el artículo 20. el Decreto 1858 de 1938 reglamentario de la Ley 93 de ese año.

Dice la Resolución en lo pertinente, lo siguiente:

“De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 10. de la Ley 64 de 1923, 6 y 13 de la Ley 93 de 1938, las loterías de Beneficencia Departamentales y Municipales, y los productos líquidos de tales empresas, no son bienes ni rentas departamentales o municipales, sino bienes y rentas de la Beneficencia de cada Departamento o Municipio.

“En consecuencia, la Dirección y Administración de tales loterías no debe estar a cargo de funcionarios o entidades oficiales del Departamento o Municipio sino que estarán a cargo de Juntas Directivas designadas o integradas de acuerdo con lo que disponga la Asamblea o el Consejo, y en su defecto, el Gobernador o Alcalde respectivo. En cada una de tales juntas habrá un representante del Gobierno Nacional designado por este Ministerio de conformidad, con el Artículo 5o. del Decreto 1858”.

En cuanto a la violación de las normas constitucionales contenidas en los artículos 189-11, 287, 298, 336 y 362, y de la autonomía regional, procede observar lo siguiente:

La autonomía regional está considerada en la antigua Constitución en los artículos 182 y 197, la departamental en el primero, la municipal en el segundo.

Teniendo como fundamento lo dispuesto en dichos artículos, no hay elemento alguno en los actos demandados que los contradiga. Y, aún, concatenando dicho texto con los artículos de la nueva Carta, se tiene que, como lo dice el mismo libelista, “El artículo 287 de la Constitución dispone que las entidades territoriales gocen de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la constitución y la ley, y enuncia los derechos inherentes a la autonomía, entre ellos, el de ejercer las competencias que les correspondan y el de administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones”. “El artículo 298, reitera el principio de la autonomía, de manera específica en relación con los departamentos”. Y se ve que los actos demandados no tocan esa autonomía, pues no hacen cosa distinta que desarrollar la ley que reglamentan sin que entren a marcar pautas para la gestión de los intereses regionales ni hacer traslados presupuestales de índole alguna ni a establecer recursos ni tributos dejando sí muy claro, y lo hace en forma enfática el parágrafo del artículo 8o. del Decreto 971, en seguimiento de lo ordenado por la Ley reglamentada, que las utilidades serán destinadas a la asistencia pública. No hay nada pues, en los actos demandados, que vaya en desmedro de las normas constitucionales a que debieron sujetarse al momento de su expedición, en cuanto a la autonomía que a las entidades regionales en estos asuntos corresponde.

Ya, en relación con el régimen que gobierna los monopolios, asunto que es tratado en las dos últimas normas constitucionales señaladas por el demandante como violentadas, se observa que era el artículo 31 de la Constitución vigente al momento de expedirse los actos demandados, la norma pertinente. Dice el inciso segundo de dicho artículo que “Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de Ley”. El primer inciso prohíbe la aplicación de la ley que establezca un monopolio “antes de que hayan

SECCION PRIMERA

sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita", y el tercero limita la concesión de privilegios a los inventos útiles y a las vías de comunicación.

Frente a esta norma, los actos demandados no acusan contradicción alguna puesto que las loterías reglamentadas tienen como finalidad buscar utilidades destinadas a la asistencia pública y fueron establecidas en virtud de la ley. Los actos cuestionados violarían la Constitución si en ellos se dispusiera un uso diferente para dichas utilidades o se diera origen a monopolios distintos al que exclusivamente, está dirigida la ley que reglamentan, esto es, la Ley 64 de 1923.

Aceptando en gracia de discusión que es a las Asambleas Departamentales a las que en forma exclusiva compete la reglamentación de las loterías, cabría preguntarnos, qué legislación podría aplicarse ahora respecto de ellas, ante la ausencia de una reglamentación por parte de las Asambleas?.

Si los decretos emanados del Gobierno Nacional no son aplicables por haber sido declarados nulos quedan las loterías a la deriva, o al arbitrio de quién, sin control alguno, mientras se dicta el reglamento por parte de la Duma?.

Qué suerte le espera a la función social que deben cumplir los dineros provenientes de las loterías, sin la inspección, sin la vigilancia por parte del Gobierno, frente al hecho probable de que existan tantas reglamentaciones como Asambleas Departamentales existen en Colombia?.

Finalmente, bajo el supuesto de que la Ley 64 de 1923 y las normas del C. de R. M., le dan competencia a las Asambleas Departamentales para reglamentar las loterías, los interrogantes anteriormente planteados conducen a pensar que las normas sobre la materia que expidió el Gobierno Nacional, siguen vigentes hasta tanto dichas corporaciones administrativas no ejerzan su competencia.

Con todo respeto,

Yesid Rojas Serrano, Consejero del Estado.

**SENA - Reestructuración / SUPRESION DE EMPLEOS / PLANTA
DE PERSONAL - Modificación / GOBIERNO NACIONAL -
Funciones / DELEGACION DE FUNCIONES - Improcedencia /
CONGRESO - Funciones / ESTRUCTURA DE LA
ADMINISTRACION NACIONAL**

El programa de supresión de empleos, que conduce consecuentemente a una modificación en la planta de personal, y a la adecuación de la estructura interna de la entidad denominada Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, son materias que corresponde desarrollar al Gobierno Nacional en uso de la facultad expresa y restrictiva de reestructuración que le fue otorgada, facultad ésta, por ende, que no podía delegar en el Consejo Directivo Nacional de dicha entidad; y, al habersele señalado el ejercicio de tal facultad dentro del perentorio término de 18 meses a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, hace que la prórroga del mismo hasta el 31 de diciembre de 1994, que se estipula en los artículos 18 y 39 demandados, no sólo constituya un exceso por parte del Gobierno Nacional sino que ello trae consigo la falta de competencia de éste, pues vencido aquél la regulación a que se contraen los artículos acusados correspondía al Congreso de la República. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 17, 18, 20 y 39 del Decreto 2149 de 30 de diciembre de 1992 “por el cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-”, expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

SECCION PRIMERA

SENA - Reestructuración / INDENMIZACION - Improcedencia

El Pago de una indemnización o bonificación tiene por causa precaver el resarcimiento de un perjuicio que se pueda irrogar como en el caso en comento, al empleado público o que en un momento dado quede desvinculado de su cargo o empleo en razón de la reestructuración de la entidad a la cual presta sus servicios. Sin embargo, si dicho empleado publico o trabajador oficial no queda cesante sino que, por el contrario va a ser vinculado a otra entidad creada con la misma que es objeto de reestructuración no sufre perjuicio o daño alguno, lo que lógicamente hace desaparecer el motivo de la indemnización. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 17, 18, 20 y 39 del Decreto 2149 de 30 de diciembre de 1992 "por el cual se reestructura el Servicio Nacional de aprendizaje -SENA-", expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones conferidas por el art. transitorio de la Constitución Política.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera
Santa Fe de Bogotá D.C., veintidós (22) de abril de mil novecientos noventa y tres. (1993).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*.

Referencia: Expediente No.2326. Acción: Nulidad. Actor: CARLOS ALBERTO BALLESTEROS BARON.

El ciudadano y abogado CARLOS ALBERTO BALLESTEROS BARON, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción publica de nulidad, consagrada, en el artículo, 84 del C.C.A., ha presentado demanda tendiente a obtener la nulidad, previa suspensión provisional, del Decreto 2149 de 30 de Diciembre de. 1.992 por el cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.", expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

1. LA ADMISION DE LA DEMANDA:

Como la demanda y su anexo se ajusta a las previsiones de los artículos 137 al 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.- Presentada en escrito separado al de la demanda, aparece sustentada en esencia así:

1o): Violación del artículo 125 de la Constitución Nacional.

La sola confrontación entre la norma constitucional y los artículos 14 a 32 del Decreto acusado hace notar la manifiesta contradicción que implica violación de la primera, por cuanto aquella establece como únicas causas de retiro del empleado de carrera las señaladas por la misma Constitución o la ley, mientras el Decreto 2149, en los artículos mencionados, establece unas causales de retiro, siendo absolutamente contradictorio frente al mandato constitucional, ya que el mismo no es ley en el sentido querido por el constituyente, pues sí bien es cierto que el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades puede dictar Decretos con fuerza de ley, también lo es, que el artículo 20 transitorio de la Carta no lo facultó para expedir normas sobre carrera administrativa.

2o.): Violación del Artículo 20 transitorio de la Carta.

Este precepto resulta contrariado en forma evidente por los Artículos 17, 18, 20 y 39 del Decreto demandado, dado que amplían el plazo -de por sí perentorio- que tenía el Gobierno Nacional para reestructurar las entidades de orden nacional efectuando con ellas dos actos absolutamente ilegales: delegar en los Directores las facultades que por el constituyente eran indelegables; y ampliar un termino perentorio, hasta el 31 de Diciembre de 1994

3o): Violación del artículo 13 *ibídem*.

Dicha norma resulta violada por el artículo 26 del decreto acusado por cuanto éste da un tratamiento deferente a tres situaciones que para el efecto del pago de la indemnización o bonificación tienen una misma causa: el retiro.

La causa o motivo de la indemnización o bonificación es el retiro como consecuencia de la reestructuración del SENA.

Desde este punto de vista las situaciones que trata de discriminar el Decreto acusado son exactamente iguales. Por lo tanto, negar la indemnización a quien se vincule a otra entidad o a quien se niegue a hacerlo, atenta contra el principio consagrado en el artículo 13 mencionado, además de constituir una presión que atenta contra el mismo mandato.

SECCION PRIMERA

II.2.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1-. Sea lo primero advertir que la Sala, como lo ha hecho en otros pronunciamientos, reitera su competencia para ejercer el control de constitucionalidad de los Decretos dictados por el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transitorio 20 como el Decreto 2149 de 1992 acusado, en virtud de la cláusula residual de competencia que le atribuye el ordinal 2o. del artículo 237 de la Constitución Política. Debe resaltarse además que contra el decreto citado ya se admitió la demanda de nulidad en auto de la Sala de 25 de Febrero del presente año (Expediente no. 2276, Actor: José Duván Marín Gallego y otros, Consejero Ponente: doctor Miguel González Rodríguez).

2o-. En lo concerniente a los tres cargos de violación manifiesta serán analizados en el mismo orden en que han sido formulados, así:

PRIMER CARGO:

Plantea el Actor la violación del artículo 125 de la Constitución Nacional.

Respecto de esta censura la Sala observa que no se aprecia *prima facie* la transgresión manifiesta del citado artículo 125, y más bien, en principio, su conformidad con éste, habida cuenta que los Decretos del Gobierno Nacional expedidos, con base en el artículo transitorio 20 tienen, a juicio de la Sala, la misma fuerza o entidad normativa que la ley pues se refieren a materias que ordinariamente corresponde su regulación al Congreso de la República a través de ley, según lo prescribe el ordinal 7o. del artículo 150 de la Carta.

Ahora, al consagrarse en los artículos acusados como causal de retiro del cargo la supresión del mismo como consecuencia de la reestructuración, perfectamente se adecúa a las facultades del artículo Transitorio 20, entre las cuales está la de suprimir establecimientos públicos, como el *sub examine*, facultad que lleva insita la de la supresión de cargos dentro de dicho ente.

SEGUNDO CARGO:

Se endilga por el actor la ostensible violación del artículo transitorio 20 de la Constitución Política, por parte de los artículos 17, 18, 20 y 39 del acto enjuiciado.

Estatuyen las citadas disposiciones:

"ARTICULO 17. Supresión de Empleos.- Dentro del término a que se refiere el artículo siguiente, el Consejo Directivo Nacional suprimirá los

empleos o cargos vacantes y los desempeñados por empleados públicos y trabajadores oficiales, cuando ellos no fueren necesarios en las respectivas plantas de personal como consecuencia de dicha reestructuración”.

ARTICULO 18. Programa de Supresión de Empleos.- La Supresión de Empleos o cargos se cumplirá de acuerdo con el programa que apruebe el Consejo Directivo Nacional del SENA para ejecutar las decisiones adoptadas, el cual deberá concluir a más tardar el 31 de diciembre de 1994”.

ARTICULO 20. De las Plantas de Personal.- Cuando la reforma de la planta de personal del SENA implique solamente la supresión de empleos o cargos sin modificación de los que se mantengan en la misma, no requerirá autorización previa alguna y se adoptará con la sola expedición del Decreto correspondiente. De esta determinación se informará a la Dirección General del Presupuesto y al Departamento Administrativo del Servicio Civil.

En los demás casos, la modificación de la planta de personal deberá contar con la autorización previa de la Dirección General del Presupuesto en lo que atañe a la disponibilidad presupuestal para la planta propuesta la citada entidad contará con un termino de 30 días hábiles a partir de la fecha de la solicitud, vencido el cual, si no hubiere pronunciamiento, se entenderá que ésta fue aprobada.

Además de lo anterior, se requerirá la aprobación del Departamento Administrativo del Servicio Civil, que la revisará con el único fin de constatar si los cargos se ajustan a las normas vigentes sobre clasificación y nomenclatura. Para estos efectos dicha entidad contará con un término de 15 días hábiles a partir de la fecha de la solicitud, vencido el cual, sino hubiere pronunciamiento alguno, se entenderá que ésta fue aprobada”.

ARTICULO 39.- Adecuación de la Estructura Interna y de la Planta de Personal.- A partir de la expedición del presente decreto y hasta el 31 de diciembre de 1.994, el Consejo Directivo Nacional del SENA procederá a determinar las modificaciones a la estructura interna y a la planta de personal que sean necesarias para dar cumplimiento a lo previsto en este decreto.

La planta de personal que se adopte entrará a regir para todos los efectos legales y fiscales a partir de la publicación del decreto que la adopte”.

SECCION PRIMERA

Al respecto cabe anotar:

1.- La consagración de disposiciones transitorias y en especial la del artículo 20, tuvo por fundamento la necesidad del constituyente de poner en ejecución las normas contenidas en la nueva Carta Política, acudiendo para ello a revestir al Gobierno Nacional de precisas facultades propias del Congreso de la República y que éste no podía hacer expeditas a través de leyes, por encontrarse en receso originado por la revocatoria de su mandato.

2.- Siendo, como ya se dijo, del resorte exclusivo del congreso por mandato expreso del artículo 150 del ordinal 7o. de la Constitución Nacional, la potestad de determinar la estructura de la administración nacional y, crear, suprimir o fusionar, las entidades del orden nacional y señalar sus objetivos y estructura orgánica, que lleva insita, como se advirtió al inicio de estas consideraciones, la facultad de suprimir cargos o empleos, fluye con meridiana claridad de la comparación de los textos transcritos con la preceptiva del artículo transitorio 20 que de una parte, el programa de supresión de empleos, que conduce consecuentemente a una modificación en la planta de personal, y a la adecuación de la estructura interna de la entidad denominada Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, son materias que corresponde desarrollar al Gobierno Nacional en uso de la facultad expresa y restrictiva de reestructuración que le fue otorgada, facultad esta, por ende, que no podía delegar en el Consejo Directivo Nacional de dicha entidad; y, de otra parte, al haberse señalado el ejercicio de tal facultad dentro del perentorio término de 18 meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, hace que la prórroga del mismo hasta el 31 de Diciembre de 1994, que se estipula en los artículos 18 y 39, no sólo constituya un exceso por parte del Gobierno Nacional sino que ello trae consigo la falta de competencia de éste, pues vencido aquel la regulación a que se contraen los artículos acusados correspondía hacerla al Congreso de la República.

Por las anteriores razones se justifica la suspensión provisional de los artículos 17, 18, 20 y 39.

TERCER CARGO:-

Formula el accionante el cargo de violación manifiesta del artículo 13 de la Carta por parte del artículo 26 del acto acusado.

Preceptúa el mencionado Artículo 26 :

“ Incompatibilidad con nuevas Vinculaciones.- Cuando un empleado público o trabajador oficial se desvincule del SENA, como resultado de la

reestructuración de la entidad a que se refiere este decreto y se vincule a una persona jurídica sin ánimo de lucro creada con participación del SENA, de conformidad con la ley 29 de 1990 y con los decretos que la desarrollen, no habrá lugar a reconocimiento y pago de las indemnizaciones o bonificaciones previstas en este decreto.

Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien mas de quince (15) días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad.

La simple oferta del empleo por parte de otra entidad publica o privada con participación del SENA, creada en desarrollo de lo previsto en este decreto, a un empleado o trabajador, en iguales o mejores condiciones laborales, que sea rechazada por éste, releva al SENA del pago de cualquier indemnización o bonificación”.

Para la Sala resulta claro que el pago de una indemnización o bonificación tiene por causa precaver el resarcimiento de un perjuicio que se pueda irrogar, como en el caso en comento, al empleado publico o trabajador oficial que en un momento dado quede desvinculado de su cargo o empleo en razón de la reestructuración de la entidad a la cual presta sus servicios.

Sin embargo, si dicho empleado publico o trabajador oficial no queda cesante, sino que, por el contrario, va a ser vinculado a otra entidad creada con la participación de la misma que es objeto de reestructuración, no sufre perjuicio o daño alguno, lo que hace desaparecer lógicamente el motivo de la indemnización o bonificación.

Sobre la base de esta perspectiva no se observa el quebranto que para el actor recae sobre el artículo 13 de la Carta, y por ello no se accede a la suspensión provisional impetrada, pues la igualdad ante la ley que allí se pregona a fin de que todas las personas, sin discriminación alguna, gocen de los mismos derechos, libertades y oportunidades, no puede predicarse en este caso si se tiene en cuenta que no se encuentra en la misma situación quien como consecuencia de la reestructuración sigue conservando su empleo, de aquél que ante idéntica circunstancia tiene que prescindir de él.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

SECCION PRIMERA

RESUELVE:

I.- Admítase la demanda presentada por el ciudadano y abogado CARLOS ALBERTO BALLESTEROS BARON contra el decreto 2149 de 1992, y en consecuencia se dispone:

a): Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado.

b): Notifíquese personalmente a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Publico y Trabajo y Seguridad Social, al señor director del Departamento Administrativo de la Función Pública y al señor Director General del SENA. Entrégueseles copia de la demanda y su anexo.

c): Fíjese el proceso en lista por el termino 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): Solicítese ante la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República que en el término de ocho(8) días envíe los antecedentes administrativos correspondientes al acto acusado.

e): De conformidad con lo ordenado en el numeral 4o. del artículo 207 del C.C.A. en concordancia con el decreto 2867 de 1989, deposite el actor la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000.00) m/cte, dentro de los diez (10) días siguientes al del regreso del expediente a la secretaría.

II.- Tiénese como demandante al ciudadano, abogado, CARLOS ALBERTO BALLESTEROS BARON y como demandadas a la Nación - Ministerios de Hacienda y Crédito Público, de Trabajo y Seguridad Social y Departamento Administrativo de la Función Pública- y al Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-.

III.- Decrétase la suspensión provisional de los artículos 17, 18, 20 y 39 del acto enjuiciado.

IV.- Deniégase la suspensión provisional de las demás normas Acusadas.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la sala en la sesión del día 22 de abril de 1993.-

**ESTABLECIMIENTO PUBLICO - Estructura / SENA -
Reestructuración / JUNTA DIRECTIVA - Funciones / CONGRESO -
FUNCIONES / ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACION
NACIONAL / DELEGACION DE FUNCIONES / GOBIERNO
NACIONAL - Funciones. (Aclaración de Voto)**

Existen normas legales que atribuyen en forma permanente a las juntas directivas de los establecimientos públicos y de las empresas industriales del Estado tanto la facultad de determinar su estructura interna como la de crear, suprimir y fusionar cargos. Si bien corresponde al legislador “señalar la estructura orgánica de los establecimientos públicos”, nada se opone a que la misma ley, como lo es para el caso el art. 24 del Decreto-ley 3130 de 1968, confíe el desarrollo de dicha “estructura orgánica” a la junta o consejo directivo para que con base en ella, determine la “estructura interna” de la entidad. En consecuencia, la transgresión manifiesta del artículo transitorio 20 de la Constitución por parte de las normas acusadas y suspendidas, solo es posible entenderla, en el sentido de que las facultades otorgadas al Gobierno Nacional mediante aquella norma eran excepcionales no solo desde el punto de vista temporal y desde el punto de vista del objetivo o finalidad, sino también desde el punto de vista de la materia, en cuanto, por ser excepcionales, ellas reunían en cabeza del ejecutivo, durante el período citado, todas las competencias relacionadas con la supresión, fusión y reestructuración de las entidades, estuvieran ellas, en virtud de las normas permanentes, ya fuera en cabeza del Congreso, del mismo gobierno o de otras autoridades como las junta o consejos directivos de las entidades descentralizadas.

SECCION PRIMERA

Referencia: Expediente No. 2326. Actor: CARLOS ALBERTO BALLESTEROS BARÓN.

El suscrito Consejero procede a aclarar el voto favorable a la providencia del 22 de abril del presente año, en cuanto decretó la suspensión provisional de los artículos 17, 18, 20 y 39 del Decreto 2149 de 30 de diciembre de 1992, “por el cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-”, en el siguiente sentido:

1.- La suspensión provisional se fundamenta básica y concretamente en que es “del resorte exclusivo del Congreso, por mandato expreso del artículo 150 ordinal 7o. de la Constitución Nacional, la potestad de determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar, las entidades del orden nacional y señalar sus objetivos y estructura orgánica, que lleva ínsita,... la facultad de suprimir cargos o empleos...”.

2.- La citada expresión de la providencia debe ser precisada, a fin de evitar dificultades de interpretación de esta última, por cuanto existen normas legales que atribuyen en forma permanente a las juntas directivas de los establecimientos públicos y de las empresas industriales del Estado tanto la facultad de determinar su estructura interna como la de crear, suprimir y fusionar cargos.

En efecto, de una parte el artículo 24 del Decreto Ley 3130 de 1968 establece expresamente que “la estructura interna de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado será determinada por su respectiva junta o consejo directivo,”.

A su vez, el artículo 40 del mismo citado decreto-ley prevé que “la creación, supresión y fusión de cargos en los establecimientos públicos y en las empresas industriales y comerciales del Estado se hará conforme a sus estatutos”. Posteriormente, el artículo 74 del Decreto-ley 1042 de 1978 es más preciso al indicar que “la creación, supresión, modificación y fusión de empleos en los establecimientos públicos y en las unidades administrativas especiales del orden nacional se hará mediante acuerdo o resolución de su respectiva junta o consejo directivo, que deberá ser aprobado por decreto del gobierno”.

3.- No cree el suscrito Consejero que las facultades legales de las juntas o consejos directivos a que se ha hecho referencia anteriormente sean incompatibles con la nueva Constitución, como podría entenderse del texto de la providencia al referirse al “resorte exclusivo del Congreso”, pues si bien, de una parte, el numeral 7 del artículo 150 de la Constitución de 1991 otorga al

legislar la función de “determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar... establecimientos públicos... señalando sus objetivos y estructura orgánica”, no debe olvidarse que es potestad del legislador, salvo en relación con las materias que son objeto de leyes - cuadro, respecto de las cuales solo puede dictar las normas generales, moverse dentro del universo que conforma la materia legíslable ya sea para agotarla expidiendo las normas referentes al más mínimo detalle o limitándose a expedir normas más o menos generales, dejando su desarrollo al poder reglamentario o indicando las autoridades que deban regular determinados aspectos. Dentro de la concepción anterior, para el suscrito es claro que si bien corresponde al legislador, de acuerdo con el texto constitucional citado, “señalar la estructura orgánica de los establecimientos públicos”, nada se opone a que la misma ley, como lo es para el caso el artículo 24 del Decreto-ley 3130 de 1968, confíe el desarrollo de dicha “estructura orgánica” a la junta o consejo directivo para que con base en ella, determine la “estructura interna” de la entidad.

De otra parte, también es cierto que a pesar de la ya citada y reconocida facultad del legislador prevista en el numeral 7 del artículo 150 de la Constitución para “determinar la estructura de la administración nacional” y “señalar la estructura orgánica” de las entidades, el numeral 14 del artículo 189 de la Carta otorga al Presidente de la República la función de “crear, fusionar o suprimir, conforme a la ley, los empleos que demande la administración central ...”, de tal manera que si bien la Constitución no se refiere expresamente a esa función respecto de las entidades descentralizadas, debe entenderse que la planta de personal es una consecuencia de la estructura de las entidades pero no hace parte propiamente de ella, como podría deducirse de la calidad de “ínsita” que la providencia le atribuye.

Lo anterior explica la existencia y vigencia de la norma legal contenida en el citado artículo 74 del Decreto 1042 de 1978 que, frente al vacío de la Constitución, reconoce a las juntas o consejos directivos la facultad de crear, suprimir, modificar y fusionar los empleos en sus respectivos establecimientos públicos, con aprobación del gobierno nacional.

4.- En consecuencia, la transgresión manifiesta del artículo transitorio 20 de la Constitución por parte de las normas acusadas y suspendidas, solo es posible entenderla, en criterio del suscrito Consejero, aunque no se dice expresamente en el texto de la providencia, en el sentido de que las facultades otorgadas al Gobierno Nacional mediante aquella norma eran excepcionales no solo desde el punto de vista temporal (dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución) y desde el punto de vista del objetivo o finalidad (poner las entidades de la rama ejecutiva y las sociedades de economía

SECCION PRIMERA

mixta del orden nacional “en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece”), sino también desde el punto de vista de la materia, en cuanto, por ser excepcionales ellas reunían en cabeza del ejecutivo durante el período citado todas las competencias relacionadas con la supresión, fusión y reestructuración de las entidades, estuvieran ellas, en virtud de las normas permanentes, ya fuera en cabeza del Congreso, del mismo gobierno o de otras autoridades como las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas.

Por lo mismo, agotado el término de las facultades excepcionales las diversas competencias regresan a sus titulares permanentes, es decir: unas al Congreso (numeral 7 del artículo 150 de la Constitución); otras al Presidente de la República (numeral 14 del artículo 189 de la Carta, y numerales 15 y 16 del mismo artículo, cuando en relación con estos últimos se expida la ley especial allí prevista); y otras a las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas (artículos 24 y 40 del Decreto-ley 3130 de 1968 y 74 del Decreto-ley 1042 de 1978), de tal manera que cada una de dichas autoridades podrá ejercerlas dentro del marco respectivo, que implica, obviamente el respeto a las normas de jerarquía superior.

Con todo respeto,

Libardo Rodríguez Rodríguez

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

ACTO ADMINISTRATIVO - Obligatoriedad / PUBLICACION

La Ley 57 de 1985 modificó el pretranscrito artículo 43, pero manteniendo la obligación de publicar los actos como el demandado en el Diario Oficial, según se advierte en su artículo 2o., literal e). La nulidad afecta el artículo 34 del acto acusado en cuanto éste dispone una modalidad a partir de la cual debe entenderse que es obligatorio para los particulares el acto administrativo del cual forma parte, que no se aviene con la forma contenida en el artículo 43 del C.C.A. que prescribe que los actos generales, para efectos de su obligatoriedad a los particulares, deben publicarse en el Diario Oficial. DECLARA LA NULIDAD del artículo 34 de la Resolución No. 100000-410 de 18 de agosto de 1989, proferida por el gerente de la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. en cuanto allí se dispone: “Esta Resolución rige a partir de la fecha de su firma”

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintitres (23) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).*

Consejero Ponente: Dr. Yesid Rojas Serrano.

Referencia: Expediente No. 1845. Autoridades Nacionales. Actor: Mario López Valencia y Gustavo Montoya Henao.

Los ciudadanos MARIO LOPEZ VALENCIA Y GUSTAVO MONTOYA HENAO, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandaron, el 26 de abril de 1991, ante el Tribunal Administrativo de Caldas, la nulidad de la Resolución No. 100000-410 de 18 de agosto de 1989, proferida por el Gerente de la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. - CHEC-, “Por medio de la cual se reglamenta el Decreto 1303 de junio 19 de 1989, de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 del mismo”.

SECCION PRIMERA

Aquella Corporación judicial, por auto de 17 de junio de 1991, admitió la referida demanda, proveído que fue notificado en debida forma al representante legal de la CHEC y al Agente del Ministerio Público.

Posteriormente, el ciudadano abogado Oscar González Salazar, en calidad de impugnante, solicitó la nulidad del proceso aduciendo incompetencia del Tribunal por ser el acto demandado de carácter nacional, a lo cual, después de surtirse el trámite previsto en el C. de P. C., se accedió, ordenando, en consecuencia, la remisión del expediente a esta Superioridad, la cual avocó su conocimiento decretando la admisión de la demanda y ordenando la suspensión provisional solicitada pero sólo del artículo 34 de la Resolución impugnada en la parte que dice "... rige a partir de la fecha de su firma..."

HECHOS DE LA DEMANDA

1o. El Gobierno Nacional dictó el Decreto Nacional 1303 del 19 de junio de 1989, mediante el cual reglamentó el régimen de suspensiones de servicio eléctrico y las sanciones pecuniarias por el uso no autorizado o fraudulento del mismo y en su Artículo 26 dispuso: "... Cada entidad deberá expedir una reglamentación que permita el desarrollo y aplicación de éste Decreto ..."

2o. El señor Gerente de la Central Hidroeléctrica de Caldas -CHEC- dictó el 18 de agosto de 1989 la Resolución No. 100000-410, "Por medio de la cual se reglamenta el Decreto 1303 de Junio 19 de 1989, de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 del mismo ..."

3o. El artículo 34 de la Resolución que se demandó dispone "... Esta Resolución rige a partir de la fecha de su firma y deroga todas las que sean contrarias ...".

4o. La fecha de su firma lo fue el 18 de agosto de 1989.

NORMAS QUE SE CONSIDERAN VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En la demanda se señalan como violados los artículos 52 de la Ley 4a. de 1913; 43 y 83 del C.C.A. y 120-3 de la Constitución Política de 1886.

Explican la violación argumentando que la Resolución toda, desde el epígrafe mismo, quebranta los artículos 120-3 de la Constitución y 83 del C.C.A.

“Porque la facultad reglamentaria solamente la tiene por mandato Constitucional el señor Presidente de la República y el Artículo 26 del Decreto Nacional 1303 de 1989, dispuso fue la expedición de reglamentos, jamás el que se reglamentara la norma, es decir, que el señor Gerente de la Central Hidroeléctrica de Caldas, ha incurrido en la figura del “abuso del poder” porque no teniendo facultad reglamentaria la está ejercitando con detrimento del orden jurídico lo cual genera la nulidad del acto.

“Como si lo anterior fuera poco, también se violaron el artículo 52 de la Ley 4a. de 1913 y el 43 del Decreto 01 de 1984, pues la primera de estas dos normas dispone que la ley no obliga sino en virtud de su promulgación y la promulgación consiste en insertarla en el periódico oficial y entonces dos meses después tiene vigencia. De otro lado, el artículo 43 del Decreto 01 de 1984 también dispone la publicación en el Diario Oficial y francamente que no sabemos si la Central Hidroeléctrica de Caldas ha cumplido con el mandato y si lo hizo, no tenía entonces por qué decir en su Artículo 34 que la Resolución 100000-410 de 1989 regiría a partir de su firma que evidentemente lo fue el día en que se expidió o sea el 18 de agosto de 1989, cuando en realidad se debió disponer su publicación para que comenzara a operar”.

RAZONES DE LA DEFENSA

La parte demandada no dio contestación a la demanda. Alegó sí de conclusión para manifestar que el acto atacado no está reglamentando el Decreto 1303 de 1989, sino que él es producto del cumplimiento de un deber legal.

También expresa que la Resolución impugnada no es nula por falta de publicación. En respaldo a esta afirmación cita auto de esta Corporación de 23 de octubre de 1991, expediente número 6121, doctor Alvaro Lecompte Luna, conforme al cual, dice, “si bien es cierto que los actos administrativos no publicados carecen de obligatoriedad, también es cierto que la falta de este requisito, tratándose de actos administrativos de carácter general, no constituye causal de nulidad del mismo ...”.

Con base en estas razones solicita denegar la nulidad pedida.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Primera Delegada ante esta corporación, en su vista reglamentaria conceptuó, en síntesis, lo siguiente:

La Resolución demandada, la número 100000-410 del 18 de Agosto de 1989, como acto administrativo de carácter general y abstracto que es, requería

SECCION PRIMERA

de publicación para entrar a regir de acuerdo con el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo. Por ello el artículo 34 de la mencionada Resolución transgrede lo ordenado en la citada norma al prescribir que esta Resolución rige a partir de la fecha de su firma y deroga todas las que le sean contrarias, es decir, antes de que los administrados pudieran tener conocimiento previo de ella.

En cuanto a las otras normas de la Resolución demandada, los demandantes no expusieron el concepto de la violación, así que no hay lugar a confrontarlas, de oficio, con los artículos invocados como infringidos.

CONSIDERACIONES

El primero de los cargos contra la Resolución 100000-410 de 1989, se contrae a que hubo violación de los artículos 120-3 de la Constitución Nacional y 83 del C.C.A. al ejercer el Gerente de la Central Hidroeléctrica de Caldas una facultad atribuida por aquella norma sólo al Presidente de la República.

La Sala comparte el criterio de la defensa en el sentido de que la Resolución acusada es el resultado del cumplimiento de un deber legal. En efecto, el texto del artículo 26 del Decreto 1303 de 1989 así lo revela cuando impuso a la entidad responsable de la prestación del servicio de energía eléctrica el deber de “expedir una reglamentación que permita el desarrollo y aplicación de este decreto ...”

Así que no es cierto, como lo afirman los demandantes, que el Gerente de la CHEC se haya arrogado la potestad reglamentaria consagrada en el artículo 120-3 de la Constitución Nacional de 1886, hoy tipificada en el artículo 189 - 11 de la Carta Política de 1991, sino que aparece evidente que actuó en ejercicio de la facultad que le otorga el señalado artículo 26 que es precisamente la disposición que únicamente invoca como fundamento de la Resolución demandada.

En relación con la presunta violación del artículo 83 del C.C.A. que en el mismo cargo se hace, basta tener en cuenta que esta norma se refiere a la extensión del control que la jurisdicción contenciosa ejerce, para advertir la ninguna relación entre ella y la imputación sobre ejercicio ilegítimo de la facultad reglamentaria a que se hace referencia en la censura.

En consecuencia, este primer cargo no prospera.

El segundo cargo consiste en que se produce quebranto de los artículos 52 de la Ley 4a. de 1913 y 43 del Decreto 01 de 1984 porque, según los actores

la Resolución No. 100000-410 de 1989 no puede regir a partir de la fecha de su firma, como lo dispone en su artículo 34.

Esta norma fue suspendida por la Sala en auto de 14 de agosto de 1992 (folios 90 a 94) sin que la razón que allí se adujo para tomar tal medida lleve a la conclusión que el acto sea nulo.

La razón que allí se expresó es la que se deriva del literal contenido en el artículo 43 del C.C.A., que dice:

“Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto ...”

No sobra señalar que Ley 57 de 1985 modificó el pretranscrito artículo 43, pero manteniendo la obligación de publicar los actos como el demandado en el Diario Oficial, según se advierte en su artículo 2o., literal e).

No plantea este cargo que la ilegalidad del artículo 34 conlleve la nulidad de la Resolución 100000-410, como parece entenderlo la parte demandada, motivo por el cual su defensa deviene írrita.

Lo que hay que entender claramente es que la nulidad afecta el artículo 34 en cuanto éste dispone una modalidad a partir de la cual debe entenderse que es obligatorio para los particulares el acto administrativo del cual forma parte, que no se aviene con la forma contenida en el artículo 43 del C.C.A. que prescribe que los actos generales; para efectos de su obligatoriedad a los particulares, deben publicarse en el Diario Oficial.

El cargo, entonces, prospera.

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:

Primero. - DECLARASE la nulidad del artículo 34 de la Resolución No. 10.0000-410 de 18 de agosto de 1989, proferida por el gerente de la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A., en cuanto allí se dispone:

SECCION PRIMERA

“Esta Resolución rige a partir de la fecha de su firma”.

Segundo. - DENIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, archíbase el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 22 de abril de 1993.

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

CONTRALORIA MUNICIPAL - Creación / PRESUPUESTO MUNICIPAL

El fundamento de la apelación consiste en la subjetiva apreciación del apelante en el sentido de que, transcurridos diez meses de la vigencia fiscal, las rentas ordinarias o ingresos corrientes del municipio de Villamaría eran muy superiores a las señaladas por el acuerdo que fijó el presupuesto para el ejercicio fiscal de 1988. Respecto de esta afirmación el recurrente no aportó ninguna prueba. Según el cotejo que hace el mismo Tribunal, se tiene que el presupuesto para 1988, deduciéndole las pertinentes transferencias y recursos de crédito, da un total de \$67.902.220; mientras que para la creación de la Contraloría, sobre la base de los cincuenta millones exigidos por la ley y con el incremento porcentual, según el índice de precios al consumidor, se requería un presupuesto mínimo de \$74. 988.847.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C. veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y tres(1993).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2152. Autoridades municipales. Actor: **HERNAN ZULUAGA ARISTIZABAL.**

Dentro de la acción de nulidad promovida por el ciudadano de la referencia, se pronuncia el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Caldas mediante sentencia en la que se accede a las peticiones del demandante. Dicha sentencia fue apelada y mediante esta providencia se procede a decidir el recurso.

SECCION SEGUNDA

LA ACCION.

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el demandante impetró la nulidad del Acuerdo No. 007 de noviembre 9 de 1988, expedido por el Concejo de Villamaría (Caldas), por medio del cual se crea la Contraloría Municipal.

Argumenta el actor que el citado Acuerdo es violatorio del artículo 305 del Código de Régimen Municipal -Decreto 1333 de 1986-, así como del artículo 197 de la Constitución de 1886.

EL FALLO APELADO.

En sentencia del 13 de julio de 1992, el Tribunal Administrativo de Caldas se pronunció a favor de la pretensión formulada.

Con fundamento en el artículo 305 del Decreto 1333 de 1986, cuyo texto transcribe, el *a-quo*, entre otras consideraciones, motiva así su decisión:

“Como el artículo 305 del estatuto político municipal es repetición del mandato 50 de la Ley 11 prementada y éste comenzó a tener vigencia primero que aquél, debe partirse, para los efectos porcentuales previstos en tales normas, desde el mes de enero cuando se publicó el acto legislativo ordinario. Así tenemos:

“Al efectuar el reajuste del índice de precios al consumidor del DANE sobre \$50.000.000 del 20.94% correspondiente al año de 1986 (fl. 50) (se repite, la Ley 11/86 empezó a regir en enero del mismo año) se obtienen \$10.470.000 para un total de \$60.470.000, más el reajuste del 24.01% del año de 1987 valor o monto para el año en que se expidió el acuerdo impugnado (fl. 51) de \$14.518.547 para un total de \$74.988.547.

“Cotejando la cifra final con el presupuesto para el ejercicio fiscal de 1988 que fue expedido por el Acuerdo 029 de diciembre 10 de 1987 para el Municipio de Villamaría, no sin antes manifestar que esta misma Corporación profirió decisión inhibitoria con respecto al mismo (Proceso 79-20), se estimó en la suma de \$159.623.737, que deduciéndole lo concerniente a TRANSFERENCIAS Y RECURSOS DEL CREDITO que equivalen a las sumas de \$61.391.344 correspondiente a los artículos 25, 26 y 27 del Capítulo - V del presupuesto de ingresos; \$11.167.662 del artículo 30 del Capítulo VI *ídem*; \$19.160.511 del rubro 31 del Capítulo VII *ídem*, y \$2.000 de los artículos 33 y 34 del Capítulo VIII del mismo presupuesto de rentas, nos da como resultado neto \$67.902.220.

“Por lo anterior, si el ayuntamiento de Villamaría deseaba crear la Contraloría Municipal la municipalidad requería de un presupuesto mínimo descontadas las transferencias y los recursos del crédito, de \$74.988.847; y como para el año de 1988 sólo era de \$67.902.220 ya con deducciones, no podía instituirlo, resultando por tanto ostensible la transgresión al artículo 305 del multicitado Decreto 1333 de 1986”.

LA APELACION.

Comienza su alegación el apelante sosteniendo que la demanda no satisface la exigencia del artículo 137-4 del C.C.A.; que de otra parte, “las rentas ordinarias o ingresos corrientes del Municipio a 9 de noviembre de 1988, cuando ya habían transcurrido más de 10 meses de vigencia fiscal, fecha de creación de la Contraloría Municipal, eran muy superiores a las señaladas por el Acuerdo No. 029 de diciembre 10/87, que fijó el presupuesto para el ejercicio fiscal de 1988 en el Municipio de Villamaría, ya que en el transcurso del año, según informaciones suministradas por el Alcalde, Tesorero y Auditor de esa época, se efectuaron varias adiciones presupuestales, por exceso en la ejecución de varios rubros del presupuesto de ingresos,” y, “con el fin de abundar en elementos de juicio, con los que no se contó en la primera instancia” solicita que se decreten como pruebas de oficio las copias de las providencias de la administración municipal en las que se ordenan traslados o adiciones presupuestales al presupuesto de ingresos correspondiente al año de 1988.

Aduce además el recurrente que; “el artículo 305 del C.R.M., supuestamente vulnerado por el Acuerdo No. 007, vulneración que obro como causal en el cabo de autos, fue modificado por el artículo 21, literal a) de la Ley 3a. de 1991, de enero 15, que incluyó dentro del concepto de ingresos corrientes o rentas ordinarias de los Municipios la transferencia que ellos reciben de la Nación por su participación en el impuesto a las ventas ...”

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Tres son los fundamentos en que se apoya el recurrente para solicitar que se revoque la sentencia apelada y se despachen desfavorablemente las súplicas de la demanda, a saber:

a) La demanda no satisface las exigencias del artículo 137 numeral 4 del Código Contencioso Administrativo.

b) Las rentas ordinarias o ingresos corrientes del Municipio de Villamaría (Caldas), eran, transcurridos diez meses de la vigencia fiscal, muy superiores a

SECCION SEGUNDA

las señaladas por el Acuerdo No. 029 de diciembre 10 de 1987 que fijó el presupuesto para el ejercicio fiscal de 1988.

c) El artículo 305 del Código de Régimen Municipal, “supuestamente vulnerado por el Acuerdo No. 007”, fue modificado por el artículo 21, literal a) de la Ley 3a. de 1991.

El primero de los argumentos es, a todas luces inoportuno e improcedente. El momento procesal propio para su alegación ocurrió cuando al demandado se le dió traslado de la demanda la que habría podido responder oponiéndose a las pretensiones y formulando las excepciones pertinentes. Por el contrario, habiéndosele notificado la demanda a la Alcaldesa, entregándosele el texto de la misma y sus anexos (fl. 19 vto), guardó silencio omitiendo así el cumplimiento de una de sus obligaciones como administradora de la cosa pública. El Municipio de Villamaría no se hizo presente en el proceso a través de sus representantes; ni aún cuando se le dió traslado para presentar alegatos de conclusión como bien lo hace notar el mismo Tribunal en la providencia atacada (fl. 129 *ab initio*).

Es desechable, por lo tanto, el primer argumento del apelante.

El segundo fundamento de la apelación consiste en la subjetiva apreciación del apelante en el sentido de que, transcurridos diez meses de la vigencia fiscal, las rentas ordinarias o ingresos corrientes del municipio de Villamaría eran muy superiores a las señaladas por el acuerdo que fijó el presupuesto para el ejercicio fiscal de 1988. Respecto de esta afirmación el recurrente no aportó ninguna prueba.

Según el cotejo que hace el mismo Tribunal, se tiene que el presupuesto para 1988, deduciéndose las pertinentes transferencias y recursos de crédito da un total de \$67.902.220; mientras que para la creación de la Contraloría, sobre la base de los cincuenta millones exigidos por la ley y con el incremento porcentual, según el índice de precios al consumidor, se requería un presupuesto mínimo de \$74.988.847.

Al respecto el recurrente afirma que las rentas ordinarias del Municipio de Villamaría a 9 de noviembre de 1988, cuando ya habían transcurrido más de 10 meses de la vigencia fiscal, eran superiores a las determinadas en el Acuerdo No. 029 de diciembre 10 de 1987, debido a que por informaciones suministradas por el Alcalde, Tesorero y Auditor, se efectuaron varias adiciones presupuestales. En este punto la Sala solicitó las pruebas que pudieran existir al respecto, habiéndose allegado al expediente copias autenticadas de los Acuerdos 008, 056 y 004 de noviembre 8, junio 18 y septiembre 9 de 1988; además fotocopia

ilegible y sin autenticación de un decreto sin número, en cuya parte resolutive, se alcanza a descifrar que se adiciona el presupuesto de Villamaría, para la vigencia fiscal, al parecer de 1988, sin que se pueda determinar en qué cantidad.

Sea lo primero anotar que los documentos anteriormente relacionados no pudieron ser tenidos en cuenta por no haber sido aportados por injustificado descuido de la Administración.

Y, tampoco es posible considerarlas en esta etapa del proceso, por las siguientes razones:

a) El Acuerdo número 008 de noviembre 9 de 1988 (f l. 16, segundo cuaderno), no puede ser considerado para efectos de la creación de la Contraloría, puesto que fue expedido con posterioridad al Acuerdo que crea ésta que lleva como número de orden el 007 de la misma fecha.

b) Tampoco puede serlo el Acuerdo número 056 de junio 18 de 1988 (fl. 34, ib.), el cual, fue ejecutado a través del Acuerdo 004 de septiembre 9 del mismo año (fl. 44 *ibidem*), pues los trescientos mil pesos (\$300.000.00) que allí se relacionan, como bien se hace constar en el rubro correspondiente, provienen de participaciones nacionales y departamentales, valores que por expreso mandato del artículo 305 del Decreto 1333, vigente para la fecha, no podían incluirse.

c) La fotocopia del Decreto antes aludido, aportada al proceso, no podrá ser apreciada pues, además de que se trata de un decreto sin número, la copia fotostática es ilegible hasta el punto de no saberse quién lo expidió y de ser imperceptibles a la vista muchos de los rubros y cifras que aparecen en la primera página. En consecuencia, no aparecen probadas, dentro del proceso, las adiciones presupuestales que, según el apelante, darían fundamento a la expedición del acto demandado.

Por último, arguye el recurrente como razón para que sea revocado el fallo apelado, que el artículo 305 del Código de Régimen Municipal, "supuestamente vulnerado por el Acuerdo No. 007", fue modificado por el artículo 21, literal a) de la Ley 3a. de 1991.

Al exponer el singular planeamiento, no aduce el libelista fundamento jurídico alguno que le dé carta de presentación para ser evaluado en un debate que requiere seriedad en la argumentación. Está comprobado que el acto administrativo demandado sí violó de manera ostensible la norma superior a la que debió estar sujeto y el posterior decaimiento de esa norma no purga la invalidez del acto violatorio.

SECCION SEGUNDA

No ve la Sala, en consecuencia, que el recurso contenga razones legales suficientes para variar la decisión tomada por el primer juzgador.

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 sin haber contado con la colaboración de la señora Agente del Ministerio Público,

FALLA:

CONFIRMASE el fallo apelado.

Cópiese, notifíquese y en firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día veintidos (22) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

**SERVICIO PUBLICO DE SALUD / ENTIDADES
DESCENTRALIZADAS DEPARTAMENTALES / PLANTA DE
PERSONAL**

La Ley 10 de 1990 fija las funciones de las juntas directivas asignándoles, en el numeral 9o., la de “aprobar la planta de personal y los manuales de cargos y funciones y efectuar conforme a ellos los nombramientos, dando cumplimiento al régimen de carrera administrativa”. No dice la norma, que los nombramientos en la planta de personal sean solamente los que pertenecen a la carrera administrativa. Habla simplemente de aprobar la planta de personal y de efectuar los nombramientos. No es pues aceptable jurídicamente que, no habiéndose hecho discriminación alguna en el decreto, venga una ordenanza, norma ciertamente de menor jerarquía, a hacer distinciones asignándole al Director del Hospital unas funciones que, según lo transcrito, están atribuidas a las Juntas Directivas. Es en esta clase de normas precisamente, en las que se hace patente la filosofía de la política gubernamental de darle mayor participación a la comunidad en la prestación de los servicios de salud. **DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL** del literal d) del artículo 9o. de la Ordenanza No. 11 de 1991, según el cual es función del Director del Hospital Departamental San Jerónimo de Montería, entre otras, la de “Nombrar y remover el personal de la entidad, conforme a las normas legales y estatutarias, con las excepciones previstas en el presente Decreto (sic)”.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintitres (23) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION PRIMERA

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente No. 2340. Apelación Auto. Actor: LUIS ALFREDO JIMENEZ E.

En el asunto de la referencia, se ha transcurrido en apelación el auto dictado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Córdoba en cuanto decretó la suspensión provisional del acto demandado, esto es, del literal d) del artículo 9o. de la Ordenanza No. 11 de 1991, según el cual es función del Director del Hospital Departamental, San Jerónimo de Montería, entre otras, la de "Nombrar y remover el personal de la entidad, conforme a las normas legales y estatutarias, con las excepciones previstas en el presente Decreto (sic)".

LA PROVIDENCIA APELADA.

Acogiendo la solicitud del demandante, el Tribunal resolvió suspender provisionalmente el literal d) del artículo 9o. de la Ordenanza No. 11 del 10 de diciembre de 1991 emanada de la Asamblea Departamental de Córdoba.

Aduce el Tribunal como fundamento de su decisión, que la Ley 10 de 1990 señaló los tres niveles de atención para los servicios de salud y que, el Decreto 1416 del mismo año, en su artículo 9o., señala cuáles son las funciones de las juntas directivas de los tres niveles, especificando en el numeral 9o. "aprobar la planta de personal y los manuales de cargos y funciones y efectuar conforme a ellos los nombramientos, dando cumplimiento al régimen de carrera administrativa".

Hace notar el *a-quo* que la ordenanza demandada, al asignar las funciones al Director del Hospital, le señala en el artículo 9o., ordinal d), la de nombrar y remover el personal de la entidad y que, de la simple comparación entre las dos normas, "se colige sin esfuerzo alguno que la ordenanza le quitó la función nominadora que el decreto le había dado a la Junta Directiva para designar los funcionarios del Hospital San Jerónimo de Montería". Al tener el decreto rango de ley, dice el Tribunal, tiene mayor jerarquía que la ordenanza y debe primar sobre ella.

LA SUSTENTACION DEL RECURSO.

El apoderado de la parte demandada, al sustentar su alzada, manifiesta que la ordenanza acusada no ha hecho cosa distinta a complementar y desarrollar las normas que la demanda erróneamente ha considerado violadas; que según el texto del numeral 9o. del artículo 9o. del Decreto 1416 de 1990, los nombramientos que puede efectuar la Junta Directiva de los organismos de

salud son los de los empleos que pertenecen a la carrera administrativa y que, respecto a los demás empleos, ni la Ley 10 de 1990 ni el Decreto 1416 de 1990 han dispuesto nada, en razón de lo cual la Asamblea Departamental procedió a conceder esa función al Director del Hospital San Jerónimo de Montería.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El Gobierno Nacional, haciendo uso de atribuciones constitucionales y para desarrollar lo ordenado en la Ley 10 de 1990, artículo 1o., letra d), que dispone la intervención del Estado en el servicio público de salud, con el fin de “organizar y establecer las modalidades y formas de participación comunitaria y, en especial, lo relativo a la composición de las juntas directivas de que trata el artículo 19 de la presente Ley”, dictó el Decreto Número 1416 de 1990 en el que reglamenta lo relacionado con los comités de participación comunitaria, asociaciones de usuarios, comisiones y grupos de trabajo, funciones de los comités de participación comunitaria, comités especiales, etcétera.

En el artículo 9o., fija las funciones de las juntas directivas asignándoles, en el numeral 9o. la de “aprobar la planta de personal y los manuales de cargos y funciones y efectuar conforme a ellos los nombramientos, dando cumplimiento al régimen de carrera administrativa”.

No dice la norma, al menos analizándola en un primer examen, que los nombramientos en la planta de Personal sean solamente los que pertenecen a la carrera administrativa. Habla simplemente de aprobar la Planta de personal y de efectuar los nombramientos.

No es pues aceptable jurídicamente que, no habiéndose hecho discriminación alguna en el decreto, venga una ordenanza, norma ciertamente de menor jerarquía como lo dice el *a-quo* a hacer distinciones asignándole al Director del Hospital unas funciones que, según lo transcrito, están atribuidas a las Juntas Directivas. Es en esta clase de normas precisamente en las que se hace patente la filosofía de la política gubernamental de darle mayor participación a la comunidad en la prestación de los servicios de salud.

Al disponerse en la Ordenanza demandada, que una de las funciones del Director del Hospital Departamental es la de “nombrar y remover el personal de la entidad, conforme a las normas legales y estatutarias; con las excepciones previstas en el presente decreto (sic)”, se está desobedeciendo la estipulación ya señalada del Decreto 1416 de 1990.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

SECCION PRIMERA

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y en firme, vuelva el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 22 de abril de 1993.

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

Nota de Relatoría: Mediante sentencia de abril 23 de 1993 la Sección Primera, en el Exp. 2152, con Ponencia del DR. YESID ROJAS SERRANO, CONFIRMO LA NULIDAD del Acuerdo No. 007 de 9 de noviembre de 1988, expedido por el Consejo de Villamaría (Caldas), por medio del cual se crea la Contraloría Municipal. Mediante sentencia de abril 2 de 1993, la Sección Primera, con Ponencia del Dr. YESID ROJAS SERRANO, Exp. 2084, actor: MARIA CAROLINA RODRIGUEZ RUIZ DECRETO LA NULIDAD de los arts. 1o., 2o., 3o. y 4o. de la Resolución No. 17108 de 20 de diciembre de 1991; 1o. y 2o. de las Resoluciones 8892 de 19 de julio; 9507 de 1o. de agosto y 11249 de 6 de septiembre de 1991, expedidas por el Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. Sirvió como fundamento a la nulidad, la argumentación contenida en el auto que decretó la suspensión provisional de 21 de agosto de 1992.

**SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION / ENTIDAD SIN ANIMO
DE LUCRO / FUNCION ADMINISTRATIVA / JURISDICCION
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA / COMPETENCIA**

Además de las entidades oficiales, la Ley ha deferido a los particulares, previa habilitación del Estado, la prestación del servicio público de educación superior, y los ha autorizado para que, previo cumplimiento de ciertos y determinados requisitos, expidan a su educandos el correspondiente título en nombre de la República de Colombia “y por autorización del Ministerio de Educación Nacional”, como lo señala el artículo 80. del Decreto 2725 de 1980. Lo anterior significa, a juicios de la sala, que cuando las instituciones privadas de educación superior expiden o se abstienen de expedir un título, lo están haciendo en uso de una facultad que no es producto ni de la libertad de enseñanza ni de la autonomía de que trata el artículo 18 del Decreto 80 de 1980 sino, por el contrario, de aquella que siendo propia del Estado, éste se la ha delegado y cuyo ejercicio implica, necesariamente, el cumplimiento de una función pública.

**ABOGACIA / TITULO DE ABOGADO - Requisitos / MORAL /
REGLAMENTO ESTUDIANTIL / EXCEPCION DE
INCONSTITUCIONALIDAD**

Cuando las disposiciones del reglamento estudiantil de la UNAB, con fundamento en las cuales se profirieron los actos acusados, prescriben que el hallarse “incurso” en “motivos de orden moral” constituye el incumplimiento de uno de los requisitos para obtener el diploma correspondiente, ellas resultan ser incompatibles con el artículo 20 de la anterior carta política que, consagrando la responsabilidad de los particulares frente a las autoridades -en

SECCION PRIMERA

este caso universitarias de carácter privado, en virtud de las funciones públicas delegadas que al incurso o denegar el otorgamiento de un título cumplen solo por infracción de la constitución o de las leyes, tal responsabilidad por razones de índole moral, que como causal para denegar el otorgamiento del título a la actora se invocó por la UNAB, solo sería deducible y serviría de fundamento a las decisiones que adopten las autoridades en la medida en que el legislador haya llevado dichas razones a la categoría de normas legales pues en un Estado de Derecho, como el nuestro, la tipificación de conductas sancionables, así ella obedezca a consideraciones de orden ético o moral, sólo puede tener como fuente la ley, por regla general, y, excepcionalmente, la Constitución Política. A pesar de haber resultado absuelta la actora, en forma definitiva, de los cargos a ella imputados penalmente, la UNAB le denegó la ratificación del título de abogado por las mismas conductas investigadas y falladas judicialmente, desconociendo así la figura jurídica de la cosa juzgada y transgrediendo, de la misma manera, el principio universal del *non bis in idem*.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1968. Actor: SILVIA CONSTANZA VILLALOBOS ESTEVEZ.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal administrativo de Santander el 22 de enero de 1992.

I.- ANTECEDENTES

a. El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

La ciudadana Silvia Constanza Villalobos Estévez, 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 Santander la nulidad de los actos administrativos delegados contenidos en las actas números 140 y 160 de fechas

30 de septiembre de 1987 y 21 de febrero de 1989, respectivamente, del Consejo Académico de la Corporación Universitaria Autónoma de Bucaramanga - UNAB-, y como consecuencia de ella se declare, a título de restablecimiento del derecho, lo siguiente:

1o.- “Veinte (20) días después de la ejecutoria de la sentencia, la Corporación Universitaria de Bucaramanga “UNAB”, otorgará a SILVIA CONSTANZA VILLALOBOS ESTEVEZ, el Título de abogada o equivalente que la autorice para ejercer plenamente la abogacía.

2o.- “A la ejecutoria de la sentencia, la Corporación Universitaria Autónoma de Bucaramanga “UNAB” pagará a SILVIA CONSTANZA VILLALOBOS ESTEVEZ, la cantidad de mil gramos oro por los perjuicios morales sufridos por la demandante.

3o.- “A la ejecutoria de la sentencia, la Corporación Universitaria Autónoma de Bucaramanga “UNAB” pagará a SILVIA CONSTANZA VILLALOBOS ESTEVEZ la suma de ciento cincuenta mil pesos (\$150.000.00) mensuales, como perjuicios materiales, por los honorarios profesionales que hubiera podido recibir desde el 30 de septiembre de 1987 hasta cuando la demanda otorgue el título de abogada a la demandante”.

4o.- “Si la demandada se niega a otorgarle el título de Abogada a la demandante, sírvase ordenar al Ministerio de Educación Nacional que otorgue directamente el título de Abogada a mi poderdante y se multe a la Corporación Universitaria Autónoma de Bucaramanga “UNAB” por desobediencia a la sentencia” (fls. 131 y 132 Cdo. No.2).

Solicita, igualmente, se condene en costas a la parte demandada.

b.- Los actos acusados

Son los contenidos en las Actas indicadas en el acápite que antecede, en virtud de los cuales el Consejo Académico de la Corporación Universitaria Autónoma de Bucaramanga, con fundamento en extensas consideraciones, a las cuales acudirá la sala en caso necesario, y “... en los artículos 58, literal h. y 13, literal d. del Reglamento Estudiantil de la UNAB negó la ratificación del grado de abogada a la señora Silvia Constanza Villalobos Estévez (Acta No.140 de 30 de septiembre de 1987) y negó, en forma definitiva “... la ratificación del grado de abogada... (...) ... por razón de existir en su contra motivos de orden moral conforme al literal d. del artículo 13 del Reglamento Estudiantil” (Acta No.160 de 21 de febrero de 1989) (fls. 16 a 25 y 49 a 53).

SECCION PRIMERA

c.- Los hechos de la demanda

Los hechos que la actora cita como fundamento de sus pretensiones pueden, básicamente, resumirse así (fls. 117 a 120 *ibidem*):

En el año de 1978 la actora inició sus estudios de derecho en la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Luego de haberlos culminado en 1983 y de haber hecho la judicatura, el Consejo de la Facultad de Derecho aprobó su tesis de grado.

Como quiera que la mencionada facultad sometió a consideración del Consejo Académico de la UNAB la confirmación de su grado, esta última autoridad, en sesión del 30 de septiembre de 1987 adoptó la decisión de no ratificarlo "por razones de orden moral", situación ésta que llevó a la actora a solicitar se reconsiderase la negativa, mediante memorial que elevó el 14 de octubre de 1987.

En sesión llevada a efecto el 29 de octubre de 1988, el Consejo Académico de la UNAB llegó a la conclusión de no negar a la actora el título de abogada sino que la decisión se debía aplazar hasta luego de terminado el tratamiento psiquiátrico a que, según decidió, debía someterse.

Luego de terminado el tratamiento ordenado, el médico de la UNAB certificó que podía otorgársele a la actora el título correspondiente, pues no existían limitaciones psicológicas para el ejercicio de su profesión, lo cual no fué obstáculo para que el Consejo Académico de la Universidad adoptase la decisión contenida en el segundo de los actos acusados.

De acuerdo con los actos cuya nulidad se solicita, los "problemas morales" de la actora se originaron por su vinculación a su proceso penal por falsedad, debido a la simulación de una actuación del juzgado segundo Civil del Circuito de Bucaramanga, para la reposición de un título valor, expedido por la Corporación "Granahorrar". La actora fué sobreseída definitivamente el 2 de diciembre de 1986, decisión esta que fué confirmada por el Tribunal Superior Seccional, mediante decisión de 20 de febrero de 1987.

En las providencias de los jueces penales se expresa que la actora no pretendió causar daño efectivo potencial, ni lesionó bien jurídico alguno y que el hecho a ella imputado fué un episodio de "infantil inocencia".

Cuando se sucedieron los hechos imputados penalmente a la actora, ella se encontraba sometida a graves tensiones psicológicas, ocasionadas por una

soriasis generalizada que padecía y por las deficiencias genéticas de su primera hija.

A pesar de que las normas invocadas como fundamento de los actos acusados establecen los motivos de orden moral por los cuales puede negarse la graduación de un estudiante de la UNAB, tales normas son confusas, no determinan a qué clase de moral se refieren, ni definen las conductas que lleven a imponer dicha sanción a perpetuidad.

Las decisiones acusadas han acarreado perjuicios económicos y morales a la actora, pues no ha podido ejercer su profesión y ha sufrido una afrenta ante la comunidad en general.

d.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

La actora considera que con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación, expresadas en la demanda, y en el alegato de conclusión (fls. 120 a 123 y 240 a 243 Cdo. No.2):

Primer cargo.- Violación del artículo 66 del decreto 196 de 1971, porque dado que el hecho fraudulento imputado a la actora se sucedió en septiembre de 1985, y en esa época ejercía la profesión del derecho en virtud de licencia temporal, el juzgamiento de su conducta correspondía al respectivo Tribunal Superior.

Segundo cargo.- Violación de los artículos 20, 22 y 23 del Decreto 3200 de 1979, pues consagrando tales normas los requisitos para optar el título de abogado, la UNAB no podía crear unos adicionales e indefinidos, como el de "orden moral", a que se refiere el artículo 13, literal d. del Reglamento Estudiantil.

Tercer cargo.- Violación de los artículos 1o. y 9o. del Código penal, pues en el primero de ellos no se consagran los "motivos morales" como hecho punible y en el segundo se prohíbe un nuevo juzgamiento a quien haya sido absuelto mediante sentencia ejecutoriada, de lo cual resulta que la UNAB no podía iniciar proceso administrativo a la actora, por los mismos hechos.

Cuarto cargo.- Violación de los artículos 26 y 28 de la Constitución Política de 1886, pues mientras que ellos exigen normas claras que señalen y describan detalladamente la conducta típica, los "motivos de orden moral" alegados por la UNAB no se definen en el artículo 13 literal d. del Reglamento Estudiantil y su vaguedad imposibilita el derecho de defensa.

SECCION PRIMERA

Quinto cargo.- Violación del artículo 73 del Decreto 01 de 1984, pues si el Consejo Académico de la UNAB condicionó el grado de la actora a que se sometiera a un tratamiento psiquiátrico, y ello así sucedió, no podía incumplir su compromiso.

Sexto cargo.- Falsa motivación de los actos acusados (art. 84 del decreto 01 de 1984), por cuanto la actora "...no fue inmoral al actuar, sino movida o acondicionada por graves tensiones familiares y dolencias sico-fisiológicas que alteraron su mente".

Por último, la actora, considera que "...son inaplicables por inexecutable...", los artículos 58, literal h. y 13, literal d. del reglamento Estudiantil de la UNAB, por cuanto violan los artículos 20, 22 y 23 del Decreto 3200 de 1979 y 20 de la carta política de 1886, por las razones expresadas en los cargos anteriores.

e.- Las razones de la defensa

En la contestación a la demanda y a su corrección y en el alegato de conclusión la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 134 a 152, 165 a 167 y 244 a 251 cdno. No.2):

En relación con el primer cargo.- Los actos acusados no incurren en violación del artículo 66 del Decreto 196 de 1971, pues la competencia que en cabeza de los Tribunales Superiores alega la demandante, sólo se radica en ellos para conocer de acciones disciplinarias en cuanto a los abogados que poseen licencia o tarjeta profesional. En este caso la competencia para ratificar o no el título a la actora era exclusiva de la Universidad, conforme a sus propios estatutos, pues además de que no había obtenido su título, a aquella le correspondía definir su otorgamiento o no, como lo indica el artículo 3o. del Decreto 196 de 1971.

En relación con el segundo cargo.- Tampoco se incurre violación de los artículos 20, 22 y 23 del Decreto 3200 de 1979, pues para optar el título de abogado no solo se requiere el cumplimiento de las exigencias de orden legal, sino también, y concomitante con ellos "... la satisfacción de las exigencias académicas, entendidas como prescripciones particulares y fundadas en la filosofía que sirve de sustrato al producto que se entrega a la Sociedad por parte de la respectiva Universidad a la cual enmarca su propia autonomía" de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución Política de 1886 y de los artículos 18, 171, 182 y 183 del Decreto 80 de 1980.

De otra parte, cuando el Consejo Académico de la UNAB decidió no otorgar el título de abogada a la actora, lo hizo con fundamento en sus propios estatutos, que materializan su fuero y autonomía en la toma de decisiones académicas (Decreto 196 de 1971, art. 3o.) y por considerar que la egresada no satisfacía las exigencias de este tipo.

Agrega que “La gravísima falta en la cual incurrió la egresada al suplantar funcionarios jurisdiccionales, falsificar firmas y materializar toda una actuación judicial, frente a un interés que le fué confiado, cuando aún se encuentra en la antesala de su profesionalización, no puede pasar inadvertido para la Universidad, que en últimas, tiene una responsabilidad sublime de entregar a la sociedad profesionales integérrimos, sin antecedentes que dejen que desear y con la insoslayable seguridad de que van a ejercer su profesión con honradez y moralidad que exige el momento histórico y en particular la profesión de abogado, precisamente vilipendiada, desprestigiada y menospreciada por la sistemática violentación que de sus normas éticas, han hecho algunos profesionales”.

En relación con el tercer cargo.- Los actos demandados no violan los artículos lo. y 9o. del Código Penal, pues la acción penal se adelanta con absoluta independencia del proceso disciplinario (Decreto 196 de 1971, artículo 171). Es por lo anterior que tampoco se incurrió en violación de principio *non bis in idem*

En relación con el cuarto cargo.- La parte demandada expresa que los artículos 26 y 28 de la Carta Política de 1886 no exigen una relación indefinida de posibles conductas sancionables para con base en ellas, ejercer el derecho de defensa y su adecuación típica, sino establecer normas generales que permitan la adecuación de determinados comportamientos para predicar, respecto de ellos, su carácter punible o disciplinario, según el caso.

El Consejo Académico de la UNAB, actuando en un todo de acuerdo con el artículo 13 del Reglamento Estudiantil, en concordancia con el artículo 58 *ibidem*, estimó que la demandante no sólo incumplió con sus obligaciones como aspirante a profesional del derecho, “... sino que incurrió en conducta que atenta gravemente contra la dignidad y el decoro de la profesión de abogado, aún sin serlo, al utilizar procedimientos indebidos y artificiosos frente a un interés que le fué confiado...”. Como consecuencia de ellos, los motivos de orden moral que sirvieron de fundamento a la decisión de la UNAB están necesariamente referidos a la conducta del egresado frente a la dignidad de su profesión, a la honorabilidad y honradez, al cómputo de valores éticos y morales que le sirven de cimentación a una profesión que, como la abogacía, está llamada a cumplir una función social”.

SECCION PRIMERA

En relación con el quinto cargo.- La demanda considera que la no ratificación del título de la actora por parte del Consejo Académico; como suprema autoridad académica de la Universidad, no constituye una revocatoria directa de su decisión inicial, puesto que, de un lado, obró conforme lo dispone el "...numeral 2. de la parte resolutive..." del Acuerdo No.010 de mayo 4 de 1987 (Reglamentos de la Universidad), que le atribuye competencia para revisar y ratificar, en su caso, los títulos otorgados por las facultades y, en segundo lugar, la ratificación constituye una unidad inescindible con la decisión de otorgar o no el título.

En relación con el sexto cargo.- Además de que la demandante no demuestra en qué pudo haber consistido la falsa motivación de los actos acusados, ella misma confiesa en su demanda que la negativa de la Universidad a ratificar su título obedeció a razones de orden moral, las cuales efectivamente tienen su sustento en el hecho de que con su conducta atentó gravemente contra la dignidad y el decoro de la profesión. Considera además la demandada que si el aspirante a profesional del derecho incurre en conductas que van en contra del sustrato mismo de la abogacía "... no se le puede obligar a entregarle a la sociedad profesionales que él (Consejo Académico) no califica como aptos moralmente para que cumplan en forma recta y adecuada los preceptos morales y las reglas de la sana convivencia.

Por último, la parte demandada propone la excepción de caducidad de la acción intentada, fundamentándose en que la decisión adoptada por la Facultad de Derecho, de otorgar el título de abogada a la actora y la no ratificación de la misma, adoptada el 30 de septiembre de 1987 por el Consejo Académico de la Universidad, conforman un sólo acto, el cual, conforme al reglamento académico, es inapelable. Por tanto, concluye, la solicitud de reconsideración de la decisión adoptada y su ratificación, no tienen la virtud de revivir el término de cuatro meses consagrado para la caducidad de la acción, de lo que resulta que si la demanda fué presentada el 2 de junio de 1989, la acción de restablecimiento del derecho estaba caducada.

f.- 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:

Por autos de 22 de junio y de 12 de agosto de 1989 (fls.127 y 162 del Cdo. No.2) se admitió la demanda y su corrección y se dispuso darle el trámite correspondiente.

Mediante providencia de 9 de noviembre de 1989 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las solicitadas por las partes (fls. 168 y 170 *ibidem*).

Dentro del término para alegar de conclusión las partes presentaron los alegatos que obran a folios 240 a 252 *ibidem*.

La vista de fondo del fiscal del Tribunal aparece a folios 153 a 159 *ibidem*.

Dentro del trámite de la segunda instancia, esta corporación decretó pruebas de oficio mediante auto de 11 de septiembre de 1992.

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia profirió decisión inhibitoria, al declarar probada la excepción de caducidad de la acción propuesta por la parte demandada, con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fls. 264 a 279 Cdo. No. 2).

Los actos demandados constituyen verdaderos actos administrativos delegados del orden nacional, que escapan a la concepción de meramente académico que la jurisprudencia ha tratado de otorgarles, pues atañen "... a un derecho expresamente consagrado en la Constitución y en la Ley, elevado a la categoría de servicio público, y en segundo término porque dicha delegación emana directamente del legislador y ha sido decretada en un acto administrativo mediante el cual se autoriza a la entidad demandada, para otorgar títulos de ABOGADO. Por manera que al negarle el respectivo grado a un estudiante que ha cumplido con los requisitos básicos que determina la ley para optar el título profesional, obviamente se está haciendo una manifestación de voluntad tendiente a crear una situación jurídica de carácter particular y concreta relativa a un derecho de igual naturaleza".

Dado que en la decisión adoptada por el Consejo Académico de la UNAB el 30 de septiembre de 1987 no se indicaron los recursos que procedían contra la misma, ni se notificó formalmente tal decisión, la interesada podía acudir directamente ante esta jurisdicción a demandar su nulidad y el consiguiente restablecimiento del derecho.

Si se aceptase que el escrito dirigido por la actora al Consejo Académico de la UNAB en fecha octubre 14 de 1987 constituyese un recurso de reposición, habría que concluir que hasta tanto no se adoptare la decisión sobre el mismo la actora podía acudir en cualquier tiempo a invocar la acción, tal como lo establecía el C.C.A., antes de las reformas introducidas por el Decreto 2304 de 1989.

SECCION PRIMERA

No obstante lo anterior, y como quiera que en el mencionado escrito de 14 de octubre de 1987 la demandante no pide que se aclare, modifique o revoque la decisión adoptada por el Consejo Académico de la UNAB no es posible interpretarlo como la interposición de un recurso de reposición. Por lo anterior ha de tenerse dicho memorial como una manifestación del conocimiento que tuvo la actora sobre la expedición del acto administrativo de 30 de septiembre, dándose por notificada de él en la expresada fecha, a partir de la cual ha de computarse el término de caducidad de cuatro meses que establece la ley para la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

III.- LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, la recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las razones que resumidamente se expresan a continuación (fls. 281 y 282 Cdo. No. 2):

La sentencia apelada incurre en transgresión - de los artículos 62 y 63 del Decreto 01 de 1984, pues la vía gubernativa sólo se agota cuando no procede recurso o se deciden definitivamente los interpuestos.

En la sentencia se fija equivocadamente, como fecha del agotamiento de la vía gubernativa el 30 de septiembre de 1987 y allí mismo se reconoce que la actividad administrativa continuó en la sesión del 27 de noviembre, en la cual el Consejo Académico dispuso crear una comisión para que presentase un informe final sobre el caso. Luego de reconocimientos médicos estos profesionales dictaminaron que la actora no presentaba problemas psiquiátricos y que podía otorgársele el título. La decisión definitiva sobre el asunto se produjo el 21 de febrero de 1989, fecha en la cual el Consejo Académico de la UNAB decidió negarle el título.

Frente a la afirmación de la sentencia, en el sentido de que se presentaron imprecisiones al interponerse el recurso de reposición, ha de tenerse en cuenta que: a) En el trámite del asunto ni en los reglamentos de la UNAB existen principios o normas claras que regulen las decisiones de los organismos universitarios, ni los recursos que contra ellas proceden; b) En el ordenamiento jurídico colombiano no existen palabras sacramentales (arts. 28 del Código Civil) y c) Si se pide la revisión o reconsideración de una medida es para que se modifique o revoque y es claro que la actora pidió insistentemente el otorgamiento de su grado.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

A.- La naturaleza de los actos demandados y la jurisdicción

A pesar de que en el curso del proceso no se ha puesto en discusión la naturaleza jurídica de los actos demandados, como actos administrativos a pesar de haber sido expedidos por una persona jurídica de carácter privado, la Sala, como punto de partida de este fallo, considera indispensable analizar este aspecto, pues de su definición dependerá, en definitiva, el que se avoque o no el estudio de las razones de inconformidad de la parte actora para con la sentencia de primera instancia.

Como quiera que los actos acusados tienen que ver, en forma exclusiva, con la decisión adoptada por el Consejo Académico de una institución privada de educación superior para negar la ratificación del grado a la actora y, como consecuencia de ello, de acuerdo con el artículo 58 de su Reglamento Estudiantil, el otorgamiento del diploma que la acredite como profesional del derecho, la Sala limitará a dicha materia el estudio de la naturaleza jurídica de los actos, absteniéndose, en consecuencia, de hacer referencia a otra clase de decisiones que, sobre otros aspectos, pudiesen adoptar tales instituciones.

Del acervo probatorio se tiene que la Corporación Universitaria Autónoma de Bucaramanga -UNAB- con domicilio en Bucaramanga, es una institución de educación superior no oficial, de utilidad común, sin ánimo de lucro, con personería jurídica reconocida mediante resolución 3284 de 21 de diciembre de 1956, expedida por el ministerio de justicia (fl. 13 Cdno. No. 1).

De conformidad con el inciso primero del artículo 82 del Decreto 01 de 1984, vigente al momento de instaurarse la demanda, el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo es el de “juzgar las controversias originadas en actos hechos administrativos de las entidades públicas, y de las privadas cuando cumplan funciones públicas”.

Ahora bien, el artículo 2o. del Decreto 80 de 1980 dispone que “la Educación Superior tiene el carácter de servicio público y cumple una función social. La prestación estará a cargo del Estado y de los particulares que reciban autorización de éste”. Dentro de tal orden de ideas, el artículo 18 prescribe que “Dentro de los límites de la constitución y de la Ley, las instituciones de educación superior son autónomas para desarrollar sus programas académicos y de extensión o servicio; para designar su personal, admitir a sus alumnos, disponer de sus recursos y darse su organización y gobierno... “. Por otra parte, el artículo 174 señala que “Los títulos que reglamentariamente puedan otorgar las

SECCION PRIMERA

instituciones de educación superior serán expedidos en nombre de la República de Colombia -Ministerio de Educación Nacional”.

De las disposiciones que se acaban de referenciar se aprecia que además de las entidades oficiales, la Ley ha deferido a los particulares, previa habilitación del Estado, la prestación del servicio público de educación superior, y los ha autorizado para que, previo cumplimiento de ciertos y determinados requisitos, expidan a sus educandos el correspondiente título en nombre de la República de Colombia “y por autorización del Ministerio de Educación Nacional”, como lo señala el artículo 8o. del Decreto 2725 de 1980.

Lo anterior significa, a juicio de la Sala, que cuando las instituciones privadas de educación superior expiden o se abstienen de expedir un título, lo están haciendo en uso de una facultad que no es producto ni de la libertad de enseñanza ni de la autonomía de que trata el artículo 18 del Decreto 80 de 1980 sino, por el contrario, de aquella que siendo propia del Estado, éste se la ha delegado y cuyo ejercicio implica, necesariamente, el cumplimiento de una función pública.

Es por lo expuesto que la Sala no comparte el criterio expresado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 12 de septiembre de 1991, de la cual fué Ponente el Magistrado doctor Rafael Romero Sierra, en el sentido de que en tratándose de instituciones privadas de educación superior, la jurisdicción para conocer de las controversias que con motivo de la prestación de dicho servicio se presenten corresponde a la jurisdicción ordinaria, pues, como quedó visto, el otorgar títulos o negar su otorgamiento, constituye el ejercicio de una función administrativa del orden nacional.

B.- La caducidad de la acción

Definido como se encuentra el aspecto de la jurisdicción del juez administrativo para conocer de controversias como la planteada en la demanda, corresponde a la Sala pronunciarse sobre las razones de inconformidad de la apelante para con la sentencia inhibitoria de primera instancia, decisión esta que se adoptó como consecuencia de haberse declarado como probada la excepción de caducidad de la acción, propuesta por la parte demandada.

Según el Tribunal *a quo*, la caducidad de la acción se deriva del hecho de que el escrito de 14 de octubre de 1987, dirigido por la actora al Consejo Académico de la UNAB, en el cual le solicita “... revisar y reconsiderar...” la decisión de negar la ratificación de su grado, adoptada el 30 de septiembre del mismo año, no puede ser tenido como un recurso de reposición, pues en él no se

pide aclarar, modificar o revocar tal decisión. Por la anotada razón, considera el Tribunal, debe tenerse la fecha de 14 de octubre de 1987 como la de notificación de tal acto por conducta concluyente y es a partir de ella que debe contarse el término de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho intentada. Como la demanda se presentó el 2 de junio de 1989, "... es notorio que en esta fecha ya había operado el fenómeno que impedía cumplir con el presupuesto de la oportunidad".

Por su parte, la recurrente sostiene que no hubo impresiones al solicitarse al Consejo Académico la reconsideración de la negativa a otorgarle el título, pues además de que en nuestro sistema jurídico no existen palabras sacramentales, "... si se pide la revisión o reconsideración de una medida, es para que se modifique o revoque, según el caso ...". De otra parte, "... ni en el trámite del asunto ni en los reglamentos de la UNAB, existen principios ni normas claras que regulen las decisiones de los organismos de esa institución ni los recursos que proceden". Así las cosas, considera la recurrente, el término de caducidad de la acción debe contarse a partir de la expedición del segundo de los actos demandados, es decir, desde el 21 de febrero de 1989, pues esta fué la fecha en que el Consejo Académico de la UNAB, luego de un amplio trámite administrativo, decidió definitivamente negarle el título.

Para analizar los mencionados aspectos, la Sala acude a las siguientes pruebas, legalmente allegadas y decretadas como tales en el proceso:

a) El primero de los actos demandados, es decir, la decisión del Consejo Académico de la UNAB de negar la ratificación del título a la actora, que como Abogada adoptó el Consejo de la Facultad de Derecho, contenido en el Acta No.140 de septiembre de 1987, le fué comunicado mediante Memorando de 27 de octubre de 1987. (fl. 68 Cdo. Principal).

b) En el Acta No. 141 del Consejo Académico de la UNAB, de 27 de noviembre de 1987 (fls. 32 a 37 *ibidem*), consta que al examinarse la solicitud de reconsideración formulada por la actora, en escrito de 14 de octubre de 1987, se aprobó crear y se integró una comisión para que presentase un informe sobre el caso.

c) En el Acta No.146 del Consejo Académico de la UNAB de 29 de febrero de 1988 (fls. 49 a 53 *ibidem*), consta que, luego de un amplio debate, se aprobó que la actora "... debe someterse a una junta médica o al tratamiento recomendado por la psiquiatra".

d) En el "Memorando" que con fecha junio 3 de 1988 el secretario del Consejo Académico de la UNAB dirigiera a la actora se lee lo siguiente: "el Consejo Académico de la Universidad en su reunión de 30 de mayo de 1988, se

SECCION PRIMERA

ratificó en la decisión del 29 de febrero de seguir el criterio del psiquiatra Dr. Camilo Umaña Valdivieso para que usted se someta a psicoterapia durante el término de un año. Como tal término no ha transcurrido el Consejo no entró a considerar su petición” (fl.69 *ibidem*).

e) En el Acta No. 160 del Consejo Académico de la UNAB, de 21 de febrero de 1989, que contiene el segundo de los actos demandados, se lee que luego de realizada la correspondiente votación “... se declara aprobada y en definitiva se niega la ratificación del grado de abogada a Silvia Constanza Villalobos Estévez, por razón de existir en su contra motivos de orden moral conforme al literal d. del Artículo 13 del Reglamento Estudiantil” (fls. 16 a 25 *ibidem*).

Luego de efectuado el correspondiente estudio de la solicitud formulada por la actora al Consejo Académico de la UNAB en fecha 14 de octubre de 1987 (fls. 26 a 31 *ibidem*), tendiente a que se revisase y reconsiderase la decisión de denegarle el otorgamiento del título de abogada, y de las piezas procesales atrás referenciadas, para la Sala resulta claro que tal escrito reúne las características que permiten considerarlo como el recurso de reposición interpuesto contra la mencionada decisión por las siguientes razones:

1o.- Porque a pesar de que en el Reglamento Estudiantil de la UNAB (fls. 2 a 12 *ibidem*) no se consagra procedimiento gubernativo alguno frente a decisiones como la adoptada por el Consejo Académico en contra de la actora, debe darse aplicación al artículo 171 del Decreto 80 de 1980, en el cual, entre otros aspectos, se consagran los derechos de todo estudiante, en caso de sanción, a ser oído en descargos y a “... interponer el recurso de reposición.”

2o.- Porque al solicitarse por parte de la actora “...revisar y reconsiderar la Resolución por medio de la cual se decidió no aprobar mi solicitud de grado como abogada...”, tal petición debe entenderse como formulada con el exclusivo fin de que se modificase o revocase la decisión adoptada, como efectivamente lo entendió el Consejo Académico de la UNAB, quien por más de 14 meses se ocupó de resolver “... en definitiva...” su solicitud, como consta en el segundo de los actos acusados.

3o.- Porque, en fin, de las pruebas que obran en el proceso resulta innegable que la decisión adoptada por el Consejo Académico de la UNAB el 30 de septiembre de 1987 tan sólo vino a quedar en firme el 21 de febrero de 1989, al ser resuelta la petición de la actora mediante el segundo de los actos demandados, que denegó “... en definitiva...” la ratificación de su grado.

En las anotadas circunstancias y dado que la demanda se presentó el día 2 de junio de 1989 (fl.126 *ibidem*), la Sala considera que, contrariamente a lo expuesto por el Tribunal a quo, en el presente caso no cabe plantearse la ocurrencia del fenómeno de la caducidad de la acción, por lo cual, en la parte resolutive de este fallo se revocará la sentencia apelada.

C. La cuestión de fondo

En relación con el primer cargo.- Como se consignó en otro acápite de esta decisión, el cargo consiste en que los actos acusados incurren en violación del artículo 66 del Decreto 196 de 1971, pues dado que las conductas fraudulentas imputadas a la actora tuvieron ocurrencia en septiembre de 1985, época en la cual ejercía la profesión de abogado en virtud de licencia temporal, su juzgamiento correspondía al Tribunal Superior.

A pesar de que del examen de las pruebas resulta ser cierto que para la época en que la actora incurrió en las conductas presuntamente delictivas atentatorias contra la fé pública, denunciadas por la Juez Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga el 8 de octubre de 1985, se encontraba ejerciendo la profesión de abogado en virtud de Licencia Temporal concedida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la mencionada ciudad, como consta a folios 78 y 195 del Cuaderno No.1, el cargo que en contra de los actos acusados se formula no tiene vocación de prosperar, por la sencilla razón de que éstos, por su misma naturaleza de actos administrativos, no constituyen el juzgamiento de las conductas delictivas imputadas a la demandante, sino, como en ellos se lee, la aplicación del Reglamento Estudiantil de la UNAB.

De otra parte, para la Sala resulta un contrasentido que mientras se afirma que el juzgamiento de tales conductas correspondía a la jurisdicción disciplinaria, en los términos del artículo 66 del Decreto 196 de 1971, el andamiaje principal de la demanda se sustente en la ilegalidad de los actos acusados como producto de la inocencia de la actora, derivada de las decisiones proferidas por el Juzgado Cuarto Superior de Bucaramanga el 2 de noviembre de 1986 (fls. 78 a 93) y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad el 20 de febrero de 1987 (fls. 94 a 105), ninguna de las cuales lo fueron en virtud del ejercicio de funciones disciplinarias.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el segundo y cuarto cargos.- Consistentes en la violación de los artículos 20, 22 y 23 del Decreto 3200 de 1979 y 26 y 28 de la Constitución Política de 1886, debido a que al consagrar dichas normas legales los requisitos

SECCION PRIMERA

para obtener el título de abogado y haberse cumplido con ellos a cabalidad, la UNAB no podía fundamentar válidamente los actos acusados en un requisito de orden moral, como el consagrado en los artículos 58, literal h) y 13 literal d) del reglamento Estudiantil, cuyas disposiciones se solicita inaplicar "... por inexequibles..." (sic), al incurrir en violación de las citadas normas de orden legal y del artículo 20 de la anterior Carta Política, la Sala observa y considera lo siguiente:

Disponen los artículos 20, 22 y 23 del Decreto 3200 de 1979:

"Art. 20.- Para la obtención del título de abogado es indispensable cumplir los requisitos que se señalan a continuación:

"1.- Haber cursado y aprobado la totalidad de las materias obligatorias y optativas que integran el plan de estudios.

"2.- Haber aprobado exámenes preparatorios por cada uno de los siguientes grupos de materias:

"a) Grupo de Derecho Político: constitucional general, constitucional colombiano, administrativo general, administrativo colombiano y procedimiento contencioso administrativo.

"b) Grupo de Derecho Penal: penal general, penal especial y procedimiento penal.

"c) Grupo de Derecho Laboral: derecho sustantivo del trabajo y procedimiento laboral.

"d) Grupo de Derecho Privado: I. civil general, personas, familia y sucesiones.

"e) Grupo de Derecho Privado: II. Bienes, obligaciones, contratos y procesal civil.

"Las unidades académicas podrán disponer que los alumnos que no hayan perdido ninguna materia durante todo el programa y acrediten un promedio general de notas no inferior a cuatro veinticinco (4.25), o su equivalente, sean eximidos del requisito de exámenes preparatorios.

"3.- Haber desarrollado durante los seminarios del programa un "Trabajo de Investigación Dirigida" que sea acogido favorablemente por el jurado

que designe el "Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales".

"Este requisito se podrá compensar realizando la práctica o servicio profesional en uno de los cargos de que se trata en el número 1 del artículo 23".

"ART. 22.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1o. del Decreto 2981 de 1979, quienes hayan cursado y aprobado todas las materias del Programa de Derecho con anterioridad a 31 de diciembre de 1979, tienen derecho durante el año de 1980 a obtener el título de abogado cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 14 del Decreto 225 de 1977, en la forma como fué modificado por el artículo 4o. del Decreto 1018 del mismo año.

"Quienes no ejerciten el derecho contemplado en este artículo durante 1980 deberán cumplir lo establecido en el artículo 23 para obtener el título de abogado".

"ART. 23.- Los estudiantes que hayan iniciado el Programa de Derecho con anterioridad al 31 de diciembre de 1979, y aquellos a que hacen referencia en el inciso segundo del artículo precedente estarán sujetos par obtener el título de abogado al lleno de los requisitos previstos en el artículo 20, pero podrán compensar los exámenes preparatorios o el trabajo de investigación dirigida, cumpliendo con posterioridad a la terminación del plan de estudios uno cualquiera de los siguientes requisitos:

"1.- Hacer un año continuo o discontinuo de práctica o de servicio profesional, en uno de los cargos que se enumeran a continuación:

"a) Juez, Fiscal, Notario o Registrador de Documentos, en interinidad.

"b) Relator del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado.

"c) Auxiliar de Magistrado o de Fiscal.

"d) Secretario de Juzgado de Fiscalía y de Procuraduría Delegada o de Distrito.

"e) Oficial Mayor de despacho judicial, de Fiscalía de Procuraduría Delegada, de Distrito o Circuito y Auditor de Guerra.

SECCION PRIMERA

“f) Comisario o Inspector de Policía o de Trabajo; Personero titular o delegado; Defensor o Procurador de menores.

“g) Empleado oficial con funciones jurídicas en entidades públicas de orden nacional, departamental o municipal.

“h) Abogado o Asesor Jurídico de entidad bajo la Vigilancia de las Superintendencias Bancaria o de Sociedades.

“i) Monitor de consultorio jurídico debidamente nombrado para jornada completa de trabajo, con el carácter de asistente docente del Director de Consultorio en la realización de las prácticas del plan de estudios.

“2.- Haber ejercido la profesión durante dos años con buena reputación moral y buen crédito, en las condiciones a que se refiere el artículo 31 del decreto 196 de 1971.

“PARAGRAFO.- El plan de estudios que deberán cursar y aprobar los estudiantes a que se refiere este artículo, es el vigente con anterioridad a la expedición del presente decreto.

“El trabajo de investigación dirigida puede desarrollarse durante los seminarios del Programa de Derecho, o fuera de estos, con la dirección que determine la institución correspondiente”.

Por su parte, los artículos 58 y 13 del Reglamento Estudiantil de la UNAB disponen lo siguiente:

“Artículo 58o.: Para obtener el grado y el diploma correspondiente el alumno deberá cumplir los siguientes requisitos:

“a.- Modificado Acta No. 114 de abril 23 de 1985 del Consejo Académico:

“Haber cursado y aprobado todas las asignaturas correspondientes al plan de estudios de la carrera y tener un promedio ponderado acumulado no inferior a tres, dos, cero (3.20).

“b.- Aprobar los exámenes preparatorios de grado si los hubiere de acuerdo con la reglamentación de cada carrera.

“c.- Presentar y aprobar el trabajo de investigación, proyecto de grado o práctica exigida para el caso en cada programa académico.

“d.- Aprobar el examen de grado respectivo cuando se exigiere.

“e.- Cumplir los demás requisitos que, por normas específicas para cada programa, sean exigibles.

“f.- Encontrarse a paz y salvo con la Corporación.

“g.- Cancelar los derechos de grado.

“h.- Adicionado según Acta No.122 de enero 23 de 1986 del Consejo Académico:

“No hallarse en impedimento legal, síquico o físico debidamente comprobado, para el ejercicio de la respectiva profesión, ni incurso en ninguna de las cuales (sic) descritas por el artículo 13o. del Reglamento Estudiantil.

“(Según Acta No. 124 de abril 15 de 1986 del Consejo Académico, se suprimieron los párrafos 1o., 2o. y 3o. del Artículo 58o. del Reglamento Estudiantil)”.

“Artículo 13o.: El Derecho a la renovación de la matrícula se pierde definitivamente por las siguientes causas:

“a.- Haber completado el programa de pre-grado.

“b.- Falta de diligencia del admitido en la renovación oportuna.

“c.- Por decisión unilateral de la institución, motivada por incumplimiento de las obligaciones del estudiante en los casos señalados por este reglamento.

“d.- Por motivos de orden moral imputables al estudiante, así como por graves deficiencias de salud física o mental del estudiante calificadas por el servicio médico de la corporación.

“e.- Haber perdido tres (3) veces la misma asignatura.

“f.- Tener promedio acumulado inferior a 3.0.

“g.- Modificado Acta No.094 de mayo 25 de 1983 del Consejo Académico: “Haber obtenido promedio de condicionalidad por tercera vez consecutiva, o cuarta no consecutiva”.

SECCION PRIMERA

Ahora bien, en el proceso se encuentra debidamente probado que, para la obtención de título de abogado, la actora dió cumplimiento a los requisitos establecidos en las citadas disposiciones de orden legal, como quiera que inició el Programa de Derecho en el primer semestre de 1978 (fl. 74 Cdnó. No. 1), presentó y aprobó la sustentación de su tesis de grado (fl. 77) y cumplió con el requisito de la judicatura (fl. 73 *ibidem*).

También se encuentra probado en el proceso que el Consejo de la Facultad de Derecho, según Acta No.200 de 26 de agosto de 1987, "... aprobó por cuatro votos a favor y tres en contra, la solicitud de grado presentada por la señora Silvia Constanza Villalobos, en razón de que reúne los requisitos académicos para tal efecto, y además existe sobreseimiento definitivo por el delito de falsedad de documentos, proferido por el Juzgado Cuarto Superior (se adjunta constancia) (sic) según providencia de 2 de diciembre de 1986 y confirmada por el Honorable Tribunal Superior de Bucaramanga, el 20 de febrero de 1987" (fl. 54 *ibidem*). En la misma pieza probatoria se encuentra consignado el siguiente "salvamento de voto": "los tres miembros del Consejo que hicieron salvamento de voto consideraron que efectivamente los requisitos académicos y legales están cumplidos para otorgarle el título de Abogado, pero no los éticos y morales, por tanto sugieren dejar en consideración del Consejo Académico la aplicación del artículo 58, literal h, en concordancia con el artículo 13 literal d) "... por motivos de orden moral imputables al estudiante" (reglamento estudiantil), para reprobar el grado".

De otra parte, y como se lee en el Acta No. 140 de 30 de septiembre de 1987 (fls. 49 a 53), que contiene el primero de los actos acusados, la decisión del Consejo Académico de la UNAB, en el sentido de negar la ratificación del grado de la actora, obedeció a las mismas conductas que fueron denunciadas, investigadas y decididas, en todas sus instancias, por la justicia penal, pues a juicio de la mayoría de dicho cuerpo académico, "... la señora Silvia Constanza Villalobos Estévez cumplió un acto inmoral y antiético que impide a la Universidad otorgarle el diploma que la acredite como profesional del derecho...", de acuerdo con lo establecido en los artículos 58, literal h) y 13, literal d) del Reglamento Estudiantil.

Del análisis de la situación que se deja expuesta a la luz de las disposiciones que se reputan como transgredidas, y sin perjuicio de que el artículo 2o. del Decreto 2725 de 1980 disponga que el otorgamiento de los títulos de educación superior procederá cuando, además de otros requisitos, se cumpla "... con las exigencias establecidas en los reglamentos internos de la institución", lo cual podría llevar a pensar que los actos acusados, por encontrarse sustentados en normas del Reglamento Estudiantil, estarían ajustados a derecho, la Sala considera que, por el contrario, tal sustentación normativa, por resultar totalmente

incompatible con los artículos 20 y 26 de la Constitución Política de 1886, obliga al juez administrativo a hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, que no de “inexequibilidad”, como se señala en la demanda con evidente falta de técnica jurídica, consagrada en el artículo 215 *ibidem*, (art. 4o. de la Constitución de 1991), la cual se hará con respecto de los artículos 58, literal h) y 13, literal d) del Reglamento Estudiantil de la UNAB y, en tal virtud, en la parte resolutive de este fallo se declarará su no aplicación al caso *sub judice*.

En efecto, cuando las citadas y transcritas disposiciones del Reglamento Estudiantil de la UNAB, con fundamento en las cuales se profirieron los actos acusados, prescriben que el hallarse “incurso” en “motivos de orden moral” constituyente el incumplimiento de uno de los requisitos para obtener el diploma correspondiente, ellas resultan ser incompatibles con el artículo 20 de la anterior Carta Política que, consagrando la responsabilidad de los particulares frente a las autoridades -en este caso universitarias de carácter privado, en virtud de las funciones públicas delegadas que al otorgar o denegar el otorgamiento de un título cumplen- sólo por infracción de la Constitución o de las leyes, tal responsabilidad por razones de índole moral, que como causal para denegar el otorgamiento del título a la actora se invocó por la UNAB, sólo sería deducible y serviría de fundamento a las decisiones que adopten las autoridades en la medida en que el legislador haya llevado dichas razones a la categoría de normas legales pues en un Estado de Derecho, como el nuestro, la tipificación de conductas sancionables, así ella obedezca a consideraciones de orden ético o moral, sólo puede tener como fuente la ley, por regla general, y, excepcionalmente, la Constitución Política.

Además de lo anterior, en el presente caso la Sala evidencia con mayor fuerza la incompatibilidad de las citadas normas del Reglamento Estudiantil para con el artículo 20 de la Constitución Política de 1886 y, de contera, frente al artículo 26 *ibidem*, toda vez que a pesar de haber resultado absuelta la actora, en forma definitiva, de los cargos a ella imputados penalmente, la UNAB le denegó la ratificación del título de abogado por las mismas conductas investigadas y falladas judicialmente, desconociendo así la figura jurídica de la cosa juzgada y transgrediendo, de la misma manera, el principio universal del *non bis in idem*.

Corolario de lo hasta ahora expuesto y sin que haya necesidad de analizar los restantes cargos, es que por fundamentarse en disposiciones del Reglamento Estudiantil de la UNAB abiertamente incompatibles con los artículos 20 y 26 de la Carta Política de 1886 y, por la misma razón, incurrir en su violación, en la parte resolutive de este fallo se procederá a declarar la nulidad de los actos acusados.

SECCION PRIMERA

D.- El restablecimiento del derecho

Por lo que respecta al restablecimiento del derecho solicitado en la demanda, la Sala considera lo siguiente :

1.- En cuanto a la petición de que “veinte (20) días después de la ejecutoria de la sentencia, la Corporación Universitaria Autónoma de Bucaramanga “UNAB”, otorgue a SILVIA CONSTANZA VILLALOBOS ESTEVEZ, el título de abogada o equivalente que la autorice para ejercer plenamente la abogacía”, la Sala se abstendrá de hacerlo en la forma solicitada, pues de conformidad con el artículo 176 del C.C.A., las autoridades a quienes corresponda la ejecución de una sentencia tienen treinta (30) días contados desde su comunicación para proferir los actos tendientes a su cumplimiento.

En consecuencia, en la parte resolutive de este fallo así se dispondrá.

2.- En relación con la solicitud de condena en contra de la demandada por concepto de los perjuicios morales sufridos por la actora, ella habrá de denegarse, toda vez que fundamentándose simplemente en el hecho de que el no otorgamiento del título “... ha sido una afrenta ante toda la comunidad” (fl. 120 Cdo. No.1), en el proceso no existe prueba alguna que acredite tal perjuicio.

3.- Sobre la petición consistente en que, por concepto de perjuicios materiales, se condene a la parte demandada a pagar a la actora la suma de \$150.000.00 mensuales “... por los honorarios profesionales que hubiera podido recibir desde el 30 de septiembre de 1987 hasta cuando la demandada otorgue el título de abogada a la demandante”, la Sala considera que no obstante la procedencia de la solicitud, el *quantum* de la condena habrá de limitarse a la suma de \$45.000.00 por cada uno de los referidos períodos mensuales, tal y como lo dictaminaron los peritos en el experticio que obra a folios 221 a 222 del cdno.No.1, que no fué objetado, y sin que haya lugar a actualización de las sumas a deber, como se estima en el peritazgo, pues, en tratándose de acciones de nulidad y restablecimiento, como la intentada, el ajuste de valor que dispone el artículo 178 del C.C.A sólo tendría lugar cuando así haya sido solicitado en la demanda, lo cual no se produjo en el caso *sub judice*.

4. En cuanto a la solicitud consistente en que “si la demandada se niega a otorgarle el título de Abogada a la demandante, sírvase ordenar al Ministerio de Educación Nacional que otorgue directamente el título de Abogada a mi poderdante y se multe a la Corporación Universitaria Autónoma de Bucaramanga “UNAB” por su desobediencia a la sentencia”, ella habrá de denegarse pues se sustenta en simples hipótesis, frente a las cuales no es posible hacer pronunciamientos jurisdiccionales. En todo caso, se recuerda a la actora, que

en el ordenamiento jurídico colombiano existen mecanismos para obtener el cumplimiento de las decisiones judiciales.

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

FALLA:

Primero.- REVOCASE la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 22 de enero de 1992. En su lugar se dispone :

1.- DECLARASE la excepción de inconstitucionalidad respecto de los artículos 58, literal h) y 13, literal d) del Reglamento Estudiantil de la Corporación Universitaria Autónoma de Bucaramanga -UNAB- y, en consecuencia, decidase su no aplicación al asunto objeto de esta sentencia.

2.- DECLARASE la nulidad de los actos administrativos con tenidos en las Actas números 140 y 160 de las sesiones del Consejo Académico de la Corporación Autónoma Universitaria de Bucaramanga -UNAB-, llevadas a cabo el 30 de septiembre de 1987 y el 21 de febrero de 1989, respectivamente, mediante los cuales se negó la ratificación del título de abogado a la ciudadana Silvia Constanza Villalobos Estévez.

3.- ORDENASE a la Corporación Universitaria Autónoma de Bucaramanga -UNAB - que dentro de los treinta (30) días siguientes a la comunicación de este fallo otorgue a la ciudadana Silvia Constanza Villalobos Estévez el título que la acredite como abogado.

4.- CONDENASE a la Corporación Universitaria Autónoma de Bucaramanga -UNAB- a pagar a la ciudadana Silvia Constanza Villalobos Estévez, a título de perjuicios materiales, la suma de cuarenta y cinco mil pesos (\$45.000.00) M/cte. mensuales, desde el 30 de septiembre de 1987 y hasta la fecha en que le otorgue el título de que se da cuenta en el numeral anterior.

5.- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 392-4 del Código de Procedimiento Civil, condénase en costas a la parte demandada. Liquédense por secretaría.

6.- DENIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

SECCION PRIMERA

7.- Con envío de copia, comuníquese este fallo a la Corporación Autónoma Universitaria de Bucaramanga -UNAB- y al Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES).

Segundo.- En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

SUSTRACCION DE MATERIA - Imprudencia / PRESUNCION DE LEGALIDAD / PRESUNCION DE VERACIDAD

Aún en el caso de que las normas en que se fundamenta la demanda hayan sido derogadas o sustituidas y de que haya cambiado el régimen legal mediante el cual el acto acusado deviene en ilegal, por otro que lo torna ajustado a la Ley, debe haber un pronunciamiento sobre la legalidad o ilegalidad del acto administrativo acusado, pues éste, formalmente válido, es decir, expedido por la Administración mediante el procedimiento prescrito por la ley, goza de presunción de legalidad y veracidad que lo ampara y es obligatorio tanto para los particulares como para la administración, atributos éstos que sólo pueden desaparecer con un pronunciamiento anulatorio del juez competente, con el que de manera efectiva se restablecería el orden jurídico presuntamente vulnerado. El acto pudo haber proyectado sus efectos en el tiempo y en el espacio, causando situaciones jurídicas que pueden resultar legales o ilegales según la legalidad o la nulidad de la norma que las consolida. **DECLARA LA NULIDAD del Decreto No. 553 de 1o. de abril de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.**

SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES

Confrontando el acto acusado con el artículo 36 del Decreto Ley 129 de 1976, se observa que mientras éste faculta a los organismos adscritos al Ministerio de Comunicaciones, entre los cuales se encuentra TELECOM, para que participen en sociedades o compañías cuyo objeto social tenga relación con las actividades que les corresponda desarrollar, el Decreto 553 de 1992, que ahora

SECCION PRIMERA

se impugna, autoriza al mencionado establecimiento para que suscriba y formalice convenios de asociación, con personas jurídicas nacionales y extranjeras, con el objeto de desarrollar conjuntamente y a riesgo compartido proyectos de telecomunicaciones, conservando TELECOM la titularidad del servicio y sin que tales contratos generen una nueva persona jurídica. El acto impugnado no solamente excede los términos de la autorización contenida en el artículo 36 del Decreto Ley 129 de 1976, sino que transgrede, en la parte exequible, desde luego, el artículo 21 del Decreto 130 de 1976, en concordancia con el 7o. del mismo estatuto; según el cual; se autoriza la creación de asociaciones, pero entre las entidades públicas y siempre que para ello se encuentren debidamente autorizadas. **DECLARA LA NULIDAD** del Decreto 553 de 1o. de abril de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá D.C., treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2123 Decretos del Gobierno. Actora: MARIA TERESA GARCES LLOREDA.

Procede la Sala a decidir la acción de nulidad propuesta por la actora de la referencia contra el Decreto No. 553 del 1o. de abril de 1992, proferido por el Gobierno Nacional, "Por medio del cual se autoriza a la Empresa Nacional de telecomunicaciones -TELECOM- para suscribir contratos de Asociación, (a riesgo compartido) con el objeto de desarrollar proyectos de Telecomunicaciones".

I. LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

Se limitan a decir que el Gobierno Nacional invocando facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el artículo 36 del Decreto-Ley 129 de 1976, expidió el Decreto No. 553 del 1o. de abril de 1992, el cual autoriza a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM-, para suscribir y formalizar convenios de asociación (a riesgo compartido) con el objeto de desarrollar proyectos de Telecomunicaciones, conservando TELECOM la titularidad del servicio y sin que tales contratos generen una nueva persona jurídica.

II. LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACION:

De lo expresado por la demandante en este capítulo se deduce que los cargos contra el acto acusado son en síntesis los siguientes:

Primer cargo. Violación de los artículos 36 del Decreto Ley 129 de 1976; 29 del Decreto Ley 1050 de 1968 y 21 del Decreto Ley 130 de 1976. Según criterio de la actora las autorizaciones que el Gobierno le da a los organismos adscritos al Ministerio de Comunicaciones son para "participar", para tener parte en una sociedad, no para celebrar contratos de asociación, sin que tales contratos generen una nueva persona jurídica.

El artículo 36 del Decreto Ley 129 de 1976 es inconstitucional al establecer que el gobierno puede autorizar a una entidad descentralizada la participación en sociedades, pues la Corte Suprema de Justicia declaró inexequibles la parte final de los artículos 29 del Decreto Ley 1050 de 1968 y 21 del Decreto Ley 130 de 1976.

Segundo cargo. Violación del marco constitucional y legal del régimen territorial y de las telecomunicaciones. En este aspecto la actora cita los artículos 287, 311, 356, 365 y 367 de la Constitución Nacional, para concluir que ellos coinciden en deferir a la Ley la determinación de las competencias en materia de prestación de los servicios públicos.

Se refiere así mismo a la Ley 72 de 1989 para decir que ella enmarca la organización de las telecomunicaciones y atribuye al Gobierno, a través del Ministerio de Comunicaciones la adopción de la política general del sector y el ejercicio de las funciones de planeación, regulación y control de todos los servicios; define las comunicaciones, señala su objeto y su finalidad social, reafirma la propiedad del Estado sobre los canales radioeléctricos y demás medios de transmisión utilizados en las telecomunicaciones, le da a éstas la naturaleza de un servicio público que el Estado puede prestar directamente o a través de concesiones y le otorga al Ministerio de Comunicaciones la coordinación de los servicios que presten las entidades que participan en el sector.

Tercer cargo. Violación de los artículos 4, 34 y 35 del Decreto 1900 de 1990. En este punto la demandante, después de considerar que conforme a estas normas las telecomunicaciones son un servicio público que el Estado puede prestar por conducto de las entidades públicas de los ordenes nacional y territorial en forma directa, o de manera indirecta mediante concesión, concluye que es de competencia exclusiva de entidades de orden nacional, la prestación de los servicios básicos de telecomunicaciones internacionales; y que para que

SECCION PRIMERA

la Nación o las entidades nacionales puedan prestar servicios a nivel departamental, distrital o municipal, requieren autorización previa de la entidad territorial respectiva, así como para que puedan prestarlos entre localidades de distintos departamentos, requiere autorización expresa de las localidades.

Se aduce también aquí, que siendo las telecomunicaciones un servicio público que pueden prestar las entidades públicas de los órdenes nacional y territorial en forma directa o de manera indirecta, mediante concesión, mal puede prestarlo TELECOM en asociación con personas privadas nacionales o extranjeras; y, que al desconocerse la ley que rige los servicios públicos de las telecomunicaciones sobre la competencia de las entidades nacional y territoriales, se violan con la expedición del decreto acusado, en forma indirecta los artículos 75, 150 numerales 7 y 23, 287, 356, 365 y 367 de la Constitución Política.

Cuarto cargo. Violación de la autonomía del ente descentralizado, Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM-

Dice al respecto la accionante que de conformidad con lo dispuesto con el artículo 5o. del Decreto Ley 1050 de 1968 los establecimientos públicos como TELECOM, son creados y autorizados por la ley y es a esta a la que le corresponde señalar sus objetivos y estructura orgánica y regular el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos, como lo establece el artículo 150 numerales 7 y 23 de la Carta Política.

Según la demanda, el Decreto acusado al inmiscuirse en el desarrollo de las funciones de TELECOM, viola su autonomía contraviniendo el artículo 5o. del Decreto Ley 1050 de 1968, el Decreto 1184 de 1969 contentivo de los estatutos de la Empresa y el artículo 1o. del Decreto 1588 de 1988 aprobatorio de la reforma de los mismos. Además, de manera indirecta, contradice los numerales 7 y 23 de la Constitución.

Quinto cargo. Violación del régimen de Contratación Administrativa. Sobre este tópico se argumenta en el libelo demandatorio que el Decreto 553 de 1992, al crear los convenios de asociación a riesgo compartido, y al autorizar a TELECOM para su suscripción, desconoce la Ley 72 de 1989 y el Decreto 1900 de 1990 en sus artículos 4 y 41 que sólo permiten para la prestación de los servicios de Telecomunicaciones, en gestión directa, la celebración de contratos de concesión.

Dice asimismo la parte actora que de acuerdo con los estatutos de la entidad, la función principal de TELECOM es la de "ejercer en nombre del Estado el monopolio de las telecomunicaciones"; y en norma alguna lo autorizan para ejercerlo asociándose con empresas privadas.

En fin, estima la demandante, que por todas las razones expresadas, con la expedición del decreto acusado se incurrió en violación del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional, por el cual se confiere al Presidente de la República la facultad de ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

III. RAZONES DE LA DEFENSA:

La defensa del decreto impugnado estuvo a cargo de los apoderados del Ministerio de Comunicaciones y de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM- y se halla contenido en los memoriales presentados por ellos con motivo del recurso de reposición interpuesto contra el auto que decretó la suspensión provisional, de la contestación de la demanda y del alegato de conclusión.

Los argumentos de la defensa son en síntesis, los siguientes:

El Decreto 553 de 1992 fue proferido por la suprema autoridad administrativa en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 189 de la Constitución Nacional y está destinado a orientar la actividad de una entidad autónoma en la gestión que a ella le encomienda la ley en el artículo 5o. del Decreto 1050 de 1968. A él le sirven de fundamento, no solamente el artículo 36 del Decreto 129 de 1976, sino también diversas disposiciones constitucionales y legales que dicen relación con la calidad de quien lo expidió y con la autonomía e importancia de los establecimientos públicos.

La Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM- como establecimiento público, "puede actuar en ejercicio de la autonomía propia y para el cumplimiento de los objetivos que a ella señalan sus actos de creación y sus estatutos, dentro de las atribuciones y condicionamientos legales. Así, puede celebrar los actos y contratos necesarios con cumplimiento en cada caso de los requisitos legales según el objeto específico, cuantía, modalidad de ejecución, etc.". Al respecto se cita en el recurso el artículo 30 del Decreto Ley 1050 de 1968.

Dentro del contexto de los artículos 29 del Decreto 1050 de 1968 y 21 del Decreto 130 de 1976, el Decreto Ley 129 de 1976 en su artículo 36 expresamente previó la participación de los organismos adscritos (Establecimientos Públicos) al Ministerio de Comunicaciones en sociedades o compañías cuyo objeto social tenga relación con las actividades que les corresponda desarrollar condicionando dicha participación a la previa autorización del Gobierno Nacional, otorgando directamente a las entidades

SECCION PRIMERA

adscritas al Ministerio de Comunicaciones una autorización para participar en las dichas sociedades y compañías indicando que para llevar a la práctica tal participación debían obtener previamente la autorización del Gobierno.

No es cierto que el Decreto 129 de 1976, artículo 36, fuere contrario a la Constitución anterior como tampoco lo es frente a la expedida en 1991 pues su texto no otorga una facultad autónoma al Gobierno; sobre la base de la autorización a las entidades para participar que en él se contiene, condiciona la puesta en práctica a la autorización gubernamental conservando el régimen de estirpe legal previsto en el artículo 210 de la Constitución Política en vigencia.

El Gobierno Nacional teniendo en cuenta la atribución del artículo 36 resolvió autorizar no la constitución de sociedades o compañías sino el desarrollo de los convenios a que se refiere el artículo 1o. del Decreto 553. Invocó y ejecutó la atribución que le permitía habilitar a las entidades adscritas el Ministerio de Comunicaciones para la constitución de sociedades y compañías con los efectos jurídicos pertinentes de fondo social especial, personería jurídica, etc., para que TELECOM adelantara una gestión conjunta con particulares pero de tal manera que la empresa conservara en todo caso y momento, la titularidad del servicio.

La conclusión anterior adquiere respaldo en el contexto de la regulación legal sobre el servicio de telecomunicaciones que permiten al Gobierno, a través del Ministerio de Comunicaciones y dentro del marco legal trazado, la dirección del sector y la orientación de las políticas a seguir, entre ellas, naturalmente, las de contratación y vinculación de inversionistas públicos y privados al sector (Ley 72 de 1989, Decreto-Ley 1901 de 1990, artículo 2o.).

En los contratos a que se refiere el Decreto 553, la gestión del servicio continúa siendo directa, se realiza con la inmediata y directa participación e injerencia determinante de la empresa estatal, elemento que se evidencia con el condicionamiento indicado en la parte final del artículo en cuanto a que tales contratos no generarán una nueva persona jurídica.

Con el procedimiento indicado en el Decreto acusado no se está configurando una nueva modalidad de gestión indirecta del servicio de telecomunicaciones. Ese procedimiento es de aquellos que precisamente hacen posible la gestión directa (el servicio lo presta directamente TELECOM con la colaboración contractual de un contratista que comparte los riesgos de la prestación), dentro del marco de la capacidad de contratación que la ley reconoce a los establecimientos públicos.

De acuerdo con las normas legales que conforman el Estatuto orgánico de TELECOM y con las disposiciones reglamentarias y estatutarias, ésta entidad puede celebrar, en cumplimiento de sus fines, toda clase de actos y contratos lícitos ya sean civiles, comerciales o administrativos (artículo 31, Decreto 1184 de 1969 y artículo 1o. del Decreto 1588 de 1988), y en cada caso se someterá a las reglas pertinentes.

No es cierto que mediante el Decreto 553 de 1992 se esté introduciendo una nueva modalidad contractual y tampoco es cierto que mediante ella se realice gestión indirecta del servicio de Telecomunicaciones.

Mediante los contratos a que alude el Decreto no se transfiere al particular ni la titularidad del servicio, ni la dirección de la prestación y por ello no puede decirse que en tales supuestos se efectúe una prestación indirecta del servicio por particulares. La preservación de la titularidad y de la dirección de su prestación aparece ratificada en las diferentes convocatorias públicas de contratación hechas por TELECOM y en las correspondientes minutas de contratos, algunas de ellas solicitadas como prueba por la demandante.

La actuación manifestada a través del Decreto acusado es expresión del control gubernamental cumplida dentro del marco normativo significado por los Decretos 1050 y 3130 de 1968 que no mengua la autonomía de TELECOM toda vez que no se proyecta como imposición, pues la empresa, a pesar de la autorización, puede optar por no celebrar contratos como los allí mencionados.

Si TELECOM como organismo adscrito al Ministerio de Comunicaciones está habilitado para celebrar contratos asociativos que den lugar a nueva persona jurídica, bien puede celebrarlos de tal manera que no den lugar a tal efecto.

Los estatutos de la empresa, en plena concordancia con el Decreto Ley 222 de 1983, expresa que ella puede “celebrar todos los contratos, acuerdos o convenios necesarios para la prestación del servicio público a su cargo...”

En el alegato de conclusión y como nuevo elemento de juicio el apoderado de la parte demandada hace notar que mediante la Ley 37 de 1993, el Congreso Nacional expidió normas sobre “...la prestación del servicio de telefonía móvil celular, la celebración de contratos de sociedad y de asociación en el ámbito de las telecomunicaciones y se dictan otras disposiciones”, que modifican o sustituyen las contenidas en el Decreto-Ley 129 de 1976, artículo 36, en la Ley 72 de 1989, artículo 5o., y en el Decreto 1900 de 1990, invocadas como disposiciones superiores directamente transgredidas por el Decreto 553 de 1992.

SECCION PRIMERA

Con base en lo precitado considera la demandada que en el ámbito de las telecomunicaciones puede haber participación de la inversión extranjera; TELECOM puede celebrar contratos de asociación en los cuales pueden pactarse que de dichas asociaciones no surjan nuevas personas jurídicas; que las reglas a que se someten las relaciones entre las entidades públicas de telecomunicaciones y los partícipes particulares en los contratos de asociación son las del derecho privado.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

La señora Procuradora Delegada considera que debe anularse el Decreto 553 de 1992, "por las suficientes razones aducidas por la demandante, acogidas por la Sala en providencia que resolvió sobre la suspensión provisional"

Asimismo estima el Ministerio Público que el Decreto acusado transgrede el artículo 5o. de la Ley 72 de 1989, al permitir que a través de proyectos de comunicaciones pueda prestarse el servicio por TELECOM conjuntamente con personas jurídicas extranjeras, y que a su vez se ignoró el mandato legal según el cual las telecomunicaciones por ser un servicio público, ha de ser prestado por el Estado Colombiano, sólo de dos maneras:

a) Directamente, o b) A través de concesiones que podrá otorgar en forma exclusiva a personas naturales o jurídicas colombianas.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Antes de entrar a considerar el fondo de la *litis*, debe tenerse en cuenta que tal como la advierte en el alegato de conclusión el señor apoderado de la parte demandada, el Congreso de la República expidió la Ley 37 de enero 6 de 1993, "Por la cual se regula la prestación del servicio de telefonía móvil celular, la celebración de contratos de sociedad y de asociación en el ámbito de las telecomunicaciones y se dictan otras disposiciones."

La precitada ley contempla circunstancias nuevas en lo que respecta a la prestación del servicio de telecomunicaciones y a la naturaleza de TELECOM que hacen que la situación ahora sea un tanto diferente a la que imperaba cuando se dictó el acto acusado.

Así tenemos cómo en la actualidad, en virtud de la Ley 37 del presente año en el servicio de telecomunicaciones se introdujeron, entre otras, las siguientes novedades:

- Se permite la inversión extranjera (art. 5o.).

- Las entidades adscritas y vinculadas al Ministerio de Comunicaciones que presten servicios de telecomunicaciones, con excepción de Inravisión, quedan autorizadas para constituir entre sí o con otras personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, sociedades o asociaciones destinadas a cumplir las actividades comprendidas dentro de sus objetivos, lo mismo que para celebrar contratos de asociación con personas jurídicas, nacionales o extranjeras, sin que en virtud de los mismos surjan nuevas personas jurídicas (art. 9o.).

- A los procedimientos de contratación, salvo lo dispuesto en la misma ley, se aplican las disposiciones del derecho privado (art.10).

- Los contratos a riesgo compartido se establecen también en sectores rurales y municipios de baja densidad telefónica para la ampliación de la infraestructura en telefonía pública conmutada básica local y/o telefonía móvil celular (art. 13).

De otra parte procede también observar que mediante el Decreto 2123 de 1992, dictado por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades consagradas en el artículo 20 transitorio por la Constitución Política, TELECOM pasó a ser una empresa industrial y comercial del Estado (art. 1o.) y en concordancia con su nueva naturaleza jurídica se dispuso para los contratos de la entidad, la aplicación de las normas de derecho privado.

Las nuevas circunstancias llevaron a pensar a la demandada que “Al confrontar el Decreto 553 con las disposiciones legales vigentes al momento de la decisión final del proceso, se debe encontrar, de una parte, que las disposiciones legales en las cuales se fundamentan los argumentos centrales de la demanda fueron derogadas, por subrogación y por contradicción, por las disposiciones de la Ley 37 de 1993”, y, de otra, que las normas del Decreto 553 de 1992 guardan completa armonía con los preceptos superiores hoy vigentes.

Sin embargo la Sala estima, que aún en el caso de que las normas en que se fundamenta la demanda hayan sido derogadas o sustituidas y de que haya cambiado el régimen legal mediante el cual el acto acusado deviene en ilegal, por otro que lo torna ajustado a la Ley, debe haber un pronunciamiento sobre la legalidad o ilegalidad del acto administrativo acusado, pues éste, formalmente válido, es decir, expedido por la Administración mediante el procedimiento prescrito por la ley, goza de presunción de legalidad y veracidad que lo ampara y es obligatorio tanto para los particulares como para la administración atributos estos que sólo pueden desaparecer con un pronunciamiento anulatorio del juez

SECCION PRIMERA

competente, con el que de manera efectiva se restablecería el orden jurídico presuntamente vulnerado.

Además, resulta digno de tenerse en cuenta la circunstancia de que el acto pudo haber proyectado sus efectos en el tiempo y en el espacio, causando situaciones jurídicas que pueden resultar legales o ilegales según la legalidad o la nulidad de la norma que las consolida.

Hechas las precisiones anteriores corresponde entonces a la Sala decidir en el fondo el asunto planteado, previas las siguientes apreciaciones:

El acto acusado es del siguiente tenor:

“DECRETO NUMERO 553 DE 1992.

“Por medio del cual se autoriza a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM-, para suscribir Convenios de Asociación, (a riesgo compartido) con el objeto de desarrollar proyectos de Telecomunicaciones.

“EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

“En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales y en especial de las que le confiere el artículo 36 del Decreto Ley 129 de 1976,

DECRETA:

“ARTICULO 1o. Autorizar a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM- para suscribir y formalizar Convenios de Asociación con personas Jurídicas nacionales o extranjeras, con el objeto de desarrollar conjuntamente y a riesgo compartido proyectos de Telecomunicaciones, conservando TELECOM la titularidad del servicio y sin que tales contratos generen una nueva persona jurídica.

“ARTÍCULO 2o. Este decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

Comuníquese, Publíquese y Cúmplase.

Como dice en el encabezamiento, el Presidente dicta el Decreto “En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales y en especial las que le confiere el artículo 36 del Decreto Ley 129 de 1976”, el cual establece:

“Con previa autorización del Gobierno Nacional, los organismos adscritos al Ministerio de Comunicaciones podrán participar en sociedades o compañías cuyo objetivo tenga relación con las actividades que les corresponda desarrollar”.

Se infiere de lo anterior que el Decreto acusado fue dictado por el Presidente de la República, no solamente en ejercicio de las facultades legales que le confiere el artículo 36 del Decreto Ley 129 de 1976, en las cuales se fundamenta especialmente, sino también en uso de la potestad reglamentaria establecida en el artículo 189-11 de la Carta Política, mediante el cual se le otorga competencia para expedir los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

Las circunstancias anteriores y la naturaleza de reglamentarias que tienen las normas acusadas, implican la sujeción y el respeto de éstas, no solamente a la ley reglamentada, sino a cualquiera otra a la que deben estar supeditadas.

El Gobierno, al ejercer la potestad reglamentaria, no puede introducir normas nuevas, ni preceptos que no se desprendan de las disposiciones legales o que no estén implícitos en ellas.

Confrontando el acto acusado con el artículo 36 del Decreto Ley 129 de 1976, se observa que mientras éste faculta a los organismos adscritos al Ministerio de Comunicaciones, entre los cuales se encuentra TELECOM, para que participen en sociedades o compañías cuyo objetivo social tenga relación con las actividades que les corresponda desarrollar, el decreto 553 de 1992, que ahora se impugna, autoriza al mencionado establecimiento para que suscriba y formalice convenios de asociación, con personas jurídicas nacionales y extranjeras, con el objeto de desarrollar conjuntamente y a riesgo compartido proyectos de telecomunicaciones, conservando TELECOM la titularidad del servicio y sin que tales contratos generen una nueva persona jurídica.

Por el aspecto precitado el acto impugnado no solamente excede los términos de la autorización contenida en el artículo 36 del Decreto Ley 129 de 1976, sino que transgrede, en la parte exequible, desde luego, el artículo 21 del Decreto 130 de 1976, en concordancia con el 7o. del mismo estatuto; según el cual se autoriza la creación de asociaciones, pero entre las entidades públicas y siempre que para ello se encuentren debidamente autorizadas.

Dentro de esta misma óptica el Decreto acusado resulta violatorio del artículo 29 de la Carta Política, por el que se dispone que “Los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado no podrán constituir

SECCION PRIMERA

sociedades o compañías, entre sí, o con otras personas, salvo los casos expresamente previstos en las leyes o autorizados por Decreto del Gobierno”.

No puede tampoco fundarse la legalidad del Decreto acusado en los artículos 29 del Decreto Ley 1050 de 1968 y 21 del Decreto 130 de 1976, porque tales disposiciones en lo que respecta a la autorización que podía otorgar el Gobierno mediante decreto, a las entidades públicas, para constituir asociaciones y sociedades, fueron declaradas inexecutable por la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 3 de febrero de 1983 y 2 de octubre de 1986, respectivamente.

Ahora, en tratándose de la legislación referente al servicio de telecomunicaciones, procede citar las siguientes disposiciones legales:

A) Ley 72 de 1989.

“Artículo 5o. Las telecomunicaciones son un servicio público que el Estado prestará directamente o a través de concesiones que podrá otorgar en forma exclusiva, a personas naturales o jurídicas colombianas, reservándose en todo caso, la facultad de control y vigilancia”.

De conformidad con la norma pretranscrita el servicio público de las telecomunicaciones lo presta el Estado en dos formas: directamente, o en forma indirecta, a través de concesiones que podrá otorgar en forma exclusiva a personas naturales o jurídicas colombianas (subraya la Sala).

Fácil resulta entonces advertir que el acto acusado transgrede el artículo 5o. de la Ley 72 de 1989, cuando establece la prestación del servicio de telecomunicaciones mediante la asociación y con personas jurídicas que pueden ser extranjeras.

Al respecto resulta conveniente volver a citar (ya se hizo con motivo del auto que confirmó la suspensión provisional), lo que esta misma Sala expresó en auto de 18 de septiembre, expediente 2079, acerca de la inversión extranjera en el sector del servicio de telecomunicaciones.

En aquella oportunidad se dijo:

“La Sala considera que la Ley 72 de 1989, en donde se encuentra contenida la disposición del artículo 5o. que la llevó, fundamentalmente, a decretar la medida precautelativa, es un estatuto propio que regula la organización y el funcionamiento de un servicio público, de aquellos a los cuales se refieren los artículos 150-23 y 365 de la Constitución Política, que debe

ser aplicado e interpretado dentro de un contexto propio del derecho público, por razón de su especialidad, que, a diferencia de lo que aconteció en el pasado y a lo cual ahora se pretende volver mediante la privatización de las telecomunicaciones y en especial de la empresa estatal que fundamentalmente sirve o presta ese servicio público, propendió por la nacionalización de ese sector, ya sea sirviéndolo o prestándolo el Estado directamente a través de una entidad descentralizada o de sus entes territoriales, o, excepcionalmente, a través de personas naturales o jurídicas colombianas.

“Por ello, piensa la Sala que frente a la norma general que introdujo al país la denominada "apertura económica", con su lógica secuela de la libertad de la inversión extranjera en Colombia, en los términos de la Ley 9a. de 1991 y de las normas del CONPES que la desarrollan, en esta materia del servicio público de comunicaciones, mientras no se dé un pronunciamiento expreso del Congreso de la República en contrario, prevalece, la norma expresa y especial, o sea, el estatuto de telecomunicaciones contenida en la Ley 72 de 1989, cuya observancia no se puede eludir mediante la expedición de un decreto reglamentario como el acusado”.

B). El Decreto 1900 de 1990, “Por el cual se reforma las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines”, proferido por el Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias que le confiere el artículo 14 de la Ley 72 de 1989.

Los artículos 34 y 35 del Decreto 1900 de 1990 son del siguiente tenor:

“Art. 34. La prestación de los servicios de telecomunicaciones dentro del territorio nacional podrá hacerse, en gestión directa, por las entidades territoriales o por las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas a éstas, en el ámbito de su jurisdicción.

“La Nación o las entidades descentralizadas del orden nacional podrán prestar estos servicios dentro del ámbito departamental, distrital o municipal, previa autorización de la entidad territorial respectiva.

“La prestación de estos servicios en el ámbito departamental, distrital o municipal, podrá hacerse también por asociaciones formadas entre cualesquiera de las entidades mencionadas en los dos incisos anteriores, previa autorización de la entidad territorial respectiva.

“La prestación de los servicios de telecomunicaciones dentro del ámbito

SECCION PRIMERA

departamental, distrital o municipal, podrá hacerse en la modalidad de gestión indirecta por personas naturales o jurídicas de derecho privado o por sociedades de economía mixta, a través de concesión otorgada, mediante contrato o en virtud de licencia, por la entidad territorial correspondiente". (Se subraya).

"Art. 35. La prestación de servicios de telecomunicaciones, entre localidades del territorio nacional, podrá hacerse en la modalidad de gestión directa, por la Nación o entidades descentralizadas del orden nacional o por asociaciones formadas por entidades territoriales o sus entidades descentralizadas, autorizadas por el Ministerio de Comunicaciones.

"La prestación de servicios de telecomunicaciones, entre localidades del territorio nacional, podrá hacerse en la modalidad de gestión indirecta, mediante concesión otorgada por el Ministerio de Comunicaciones a personas naturales o jurídicas privadas o sociedades de economía mixta. En estos casos se requiere autorización expresa de las localidades". (Subrayas fuera del texto).

De conformidad con lo dispuesto en estas normas el servicio público de telecomunicaciones puede ser prestado: Directamente, por la Nación, las entidades territoriales (departamentos, distritos, municipios), los entes descentralizados de esos mismos órdenes, o por asociaciones formadas entre cualesquiera de las entidades ya mencionadas; o indirectamente, por personas naturales o jurídicas de derecho privado colombianas, previo contrato de concesión de servicio o de licencia celebrado u otorgada por el Ministerio de Comunicaciones en los términos de Ley.

La normatividad imperante en la época en que fue expedido el acto descarta la prestación directa de los servicios de telecomunicaciones por entidades diferentes a la Nación, las entidades territoriales, los entes descentralizados del orden nacional, departamental, distrital o municipal o asociaciones formadas entre éstas entidades; y la indirecta por mecanismos distintos al contrato de concesión de servicios o licencia, celebrado u otorgada, en su caso, por el Ministerio de Comunicaciones, a personas naturales o jurídicas de derecho privado colombianas.

Ahora, según lo reglado en el artículo 34 del ya mencionado Decreto 1900 cuando la Nación o las entidades descentralizadas del orden nacional, o las asociaciones formadas entre cualesquiera de las entidades departamentales, distritales o municipales, presten el servicio público de telecomunicaciones en tales territorios, deben contar con la autorización de la entidad territorial respectiva, circunstancia ésta que tampoco se prevé en el acto impugnado.

De otro lado, la parte demandada esgrime en favor de la legalidad del Decreto objetado, la tesis de la autonomía de los Establecimientos Públicos. La Sala no discute esta cualidad en tales entidades, sólo que tiene en cuenta que de conformidad con lo establecido en el artículo 76. del Decreto 1050 de 1968, "Por el cual se dictan normas generales para la reorganización y funcionamiento de la Administración Nacional", tal autonomía debe ejercerse conforme a los actos que los rigen y ya vemos cómo en tratándose de TELECOM, la Ley 72 de 1989 y el Decreto 1900 de 1990 establecen la forma y los titulares de la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

Estima la Sala que las consideraciones anteriores son suficientes para declarar la nulidad del acto acusado, tal como lo consideró también la señora Procuradora Delegada, con efectos jurídicos mientras estuvo vigente.

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, de acuerdo con el concepto del Agente del Ministerio Público,

FALLA:

DECLARASE la nulidad del Decreto No. 553 de 1o. de abril de 1992, expedido por el gobierno Nacional.

DEVUELVASE a la parte actora el depósito constituido para gastos ordinarios del proceso.

RECONOCESE al Dr. ALVARO TAFUR GALVIS como apoderado judicial de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, conforme y para los efectos del poder sustituido.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 29 de abril de 1993.

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

**IDU - Facultades / PLAN VIAL DISTRITAL / CESION GRATUITA-
Improcedencia / CONTRIBUCION DE VALORIZACION**

En esencia, el acto declarado nulo por esta Sección y el que tiene bajo su consideración en el presente proceso, en demanda también de nulidad son idénticos. En ambas disposiciones, la del Concejo y la del Alcalde, se faculta al Instituto de Desarrollo Urbano para con el carácter de cesión gratuita y obligatoria, el 7 del área bruta del terreno sobre el cual ha de efectuarse una negociación directa o una expropiación, para vías arterias del Plan Vial. Si bien es cierto que no podría hablarse de cosa juzgada por cuanto los entes expedidores y la naturaleza de los actos son diferentes que, de no serlo, se configuraría la excepción oponible a un pronunciamiento de fondo, es igualmente cierto que ambas disposiciones persiguen el mismo fin y, al identificarse en su contenido, contradicen las mismas normas de orden superior.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y tres(1993).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2236. Autoridades Distritales. Actor: HORACIO PERDOMO PARADA.

Entra la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 17 de septiembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto declaró la nulidad del artículo 15 del Decreto 1467 del 9 de octubre de 1987, expedido por la Alcaldía del Distrito Especial de

Bogotá, por el cual se reglamenta parcialmente el Acuerdo No. 7 de 1987, Estatuto de Valorización del Distrito Especial de Bogotá.

LA ACCION INSTAURADA.

El actor denominado en la referencia, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que se declarara la nulidad del artículo 15 del Decreto 1467 del 9 de octubre de 1987, proferido por el señor Alcalde del Distrito Especial de Bogotá, el cual a la letra dice:

“CESION GRATUITA Y OBLIGATORIA.

“El Instituto de Desarrollo Urbano, para efectos de adelantar la negociación directa o la expropiación de los predios que se requieran para vías arterias del plan vial, descontará en cada caso, el área de cesión gratuita y obligatoria, equivalente al siete por ciento (7%) del área bruta del terreno. Con tal objeto el Instituto elaborará un registro topográfico en el cual se determinará la afectación vial.

“Cuando la afectación vial sea superior al siete por ciento (7%) del área bruta del predio, el Instituto de Desarrollo Urbano negociará la diferencia con su propietario. Si no hubiera acuerdo para elevar a escritura pública la cesión gratuita y obligatoria se ordenará tal cesión por resolución motivada, contra la cual solo procederá el recurso de reposición.

“En firme la resolución sin que el propietario hubiera hecho la citada cesión, el Instituto mediante apoderado iniciará proceso judicial para obtener el título traslativo de dominio correspondiente al área de cesión gratuita.

“En dicha resolución se establecerá claramente el área de cesión gratuita que tomará el Instituto para la construcción de la vía según el registro topográfico correspondiente y se ordenará la iniciación del proceso de expropiación para adquirir el área restante, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la misma conforme a las normas que regulan la materia”.

Como fundamentos fácticos y jurídicos de la acción incoada, el actor presentó los que, resumidos, se transcriben a continuación:

1.- El Concejo del Distrito Especial de Bogotá expidió el Acuerdo 7 de 1987, “Por el cual se adopta el Estatuto de Valorización del Distrito Especial de Bogotá”, sancionado por el señor Alcalde Mayor de la ciudad el 12 de junio de 1987.

SECCION PRIMERA

El Artículo 118 del citado estatuto lleva como título: CESION GRATUITA Y OBLIGATORIA que el Instituto de Desarrollo Urbano para efectos de adelantar la expropiación o negociación directa de los predios que se adquieran para vías arterias del Plan Vial, descontará en cada caso, EL AREA DE CESION GRATUITA Y OBLIGATORIA EQUIVALENTE AL SIETE POR CIENTO DEL AREA BRUTA DEL TERRENO.

En ejercicio de la acción contenciosa de nulidad, se presentó demanda contra el artículo 118 mencionado en el párrafo anterior y, al aceptar la demanda, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, decretó su suspensión provisional expediente 88D-1782). Decretada la suspensión provisional de la norma sustancial, queda en vigencia la norma de procedimiento a la que se refiere esta demanda, y, al decir el artículo 66-2 del C.C.A. que los actos administrativos perderán su fuerza ejecutoria cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho, la norma acusada ha perdido su fuerza ejecutoria.

2.- Aunque el acto *sublite*, aparentemente es de procedimiento, contiene frases totalmente sustanciales como son las siguientes: "El Instituto de Desarrollo Urbano, para efectos de adelantar la negociación directa o la expropiación de los predios que se requieran para vías arterias del Plan Vial, descontará en cada caso, el área de cesión gratuita y obligatoria equivalente al siete por ciento del área bruta del terreno. Con tal objeto el Instituto elaborará un registro topográfico en el cual determinará la afectación vial". Y el inciso final dice: en dicha resolución establecerá claramente el área de cesión gratuita que tomará el Instituto para la construcción de la vía según el registro topográfico correspondiente ..."

Como se ve, existe una parte del acto que es totalmente sustancial, si el Concejo de Bogotá no puede ordenar la cesión gratuita y obligatoria de inmuebles, con menos razón lo puede hacer el Alcalde.

Como normas violadas, señala el actor el artículo 30 de la Constitución Política de 1886 y el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo. Reza el primero que "por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Con todo el LEGISLADOR (subraya el actor) por razones de equidad podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara".

El Alcalde Mayor de Bogotá no es el legislador y no puede imponer al administrado la obligación de ceder GRATUITAMENTE EL SIETE POR

CIENTO DEL AREA BRUTA DEL TERRENO, porque esta figura significa expropiar ese porcentaje sin ninguna indemnización previa, no con sentencia judicial. Se convierte así la administración en juez, parte, expropiadora y despojadora de la propiedad privada. Se viola también el principio de los derechos adquiridos.

El artículo 68 del C.C.A., por su parte, enumera en forma taxativa los documentos que prestan mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva. En ninguno de sus ordinales dice que prestan mérito ejecutivo las resoluciones dictadas unilateralmente por la administración y que impongan la obligación de ceder un bien. No puede una autoridad local consagrar nuevos títulos ejecutivos que no se hayan reglamentado en forma expresa en el C.C.A. y si lo hace viola este estatuto.

El actor solicitó y sustentó la suspensión provisional del artículo 15 del Decreto 1467 de octubre 9 de 1987, proferido por el Alcalde Mayor de Bogotá.

DESARROLLO DEL PROCESO EN LA PRIMERA INSTANCIA.

Admitida como fue la demanda, el 13 de abril de 1989, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a la solicitud de suspensión provisional del artículo acusado el cual, por vía de apelación fue confirmado por esta Corporación mediante providencia del primero de junio de mil novecientos noventa.

El proceso fue decidido en primera instancia mediante sentencia del diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y dos. En ella, se declaró la nulidad del acto demandado.

LA SENTENCIA APELADA.

En el fallo objeto del recurso, se hace notar que el texto del artículo aquí demandado es similar al contenido en el artículo 118 del Acuerdo 7 de 1979 que había sido demandado ante el mismo Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual fallado en primera instancia, denegó las pretensiones de nulidad, al considerar que "finalmente lo que se pretende es que el Distrito Especial se apropia de una porción de terreno (7%) sin reconocerle al dueño su valor".

Explicando las razones de su decisión, ahora recurrida, se expresa así el *a-quó*:

"Encuentra la Sala que cuando la Corte Suprema de Justicia decidió la exequibilidad de los artículos 1o. y 22 de la Ley 9a. de 1989 adujo al hecho

SECCION PRIMERA

(sic) de que las cesiones obligatorias finalmente no resultaban gratuitas por cuanto los espacios que el urbanizador debía entregar para la instalación de servicios públicos, vías locales y parques y zonas verdes finalmente redundaban en su mayor valor de la propiedad edificada y por ello se operaba una especie de compensación por dicha entrega de las cesiones; pero tal argumento no resulta válido en el caso presente en donde por virtud del trazado del Plan Vial del Distrito Especial de Bogotá y en desarrollo del principio de que el interés privado debe ceder al interés público, la enajenación del predio se necesite para la ejecución de dicho Plan no puede ponerse en discusión por parte del propietario particular porque una vez declarado el inmueble de utilidad común se negocia directamente o se someta (sic) al proceso de expropiación. (folio 220).

“Para que la propiedad privada pase al patrimonio, en este caso del Distrito Especial, es menester que mediante los procedimientos a que se acaba de hacer alusión se establezca el precio del bien se cancele (sic) bien previa o posteriormente siguiendo los postulados tanto de la Constitución Política de 1886 como de la de 1991”.

Otras importantes consideraciones hace el Tribunal sobre las pretensiones de la demanda y sobre las interpretaciones que se han dado, inclusive por la misma Sala, a la Ley 9a. de 1989 para llevar a las siguientes conclusiones:

“La situación descrita no se da en los casos de ejecución de obras en desarrollo del Plan Vial en donde lo que posteriormente ocurre es que se cobrará la valorización por efecto de la ejecución de dicha obra respecto del predio restante y que en manera alguna en el acto demandado resulta ser compensada de antemano, pues en ninguna parte se autoriza para liberar de dicho cobro al propietario de la restante parte del predio que quede dentro de la (sic) área de influencia de la obra. (folio 228).

“Por lo anterior se encuentra prosperidad a la infracción del Artículo 30 de la Constitución Nacional de 1886 bajo cuyo imperio se introdujo la demanda base de este proceso y en consecuencia se declarará la nulidad del Artículo 15 del Decreto 1467 del 9 de octubre 9 (sic) de 1987 de la Alcaldía Mayor de Bogotá”.

LA SUSTENTACION DEL RECURSO.

Al sustentar el recurso impetrado, la representante judicial del Distrito Capital manifiesta que “La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en torno a la cesión gratuita obligatoria consagrada en los artículos 2 y 22 de la Ley 9a. de 1989, considerándola legal; esta cesión es necesaria e imprescindible

a efectos de organizar y planificar la ciudad en su desarrollo urbanístico, concretamente el artículo demandado ordena descontar del área bruta el 7% del terreno cuando se requiera para vías arterias del plan vial”. (folio 9 cuaderno3).

“El artículo 2o. de la Ley 9 de 1989 modificó el artículo 1333 de 1986 (sic) así:

“1. Un plan y reglamento de usos del suelo y cesiones obligatorias gratuitas, así como normas urbanísticas específicas...”.

“Por expresa previsión del artículo 125 esta ley es aplicable al Distrito Capital. Habiendo sido declarada exequible la norma transcrita puede afirmarse que la disposición declarada nula en primera instancia, ha sido convalidada por esta ley, vale decir ha operado la figura de PURGA DE ILEGALIDAD respecto del artículo 15 del Decreto 1467 del 9 de octubre de 1987”.

Cita igualmente la libelista, en su apoyo, lo expresado en los salvamentos de voto al fallo impugnado, por dos de los magistrados integrantes de la Sala de Decisión de la Sección que pronunció la decisión en la primera instancia aportando para ello la transcripción de dichos salvamentos. A ellos se hará alusión, si fuere pertinente, en las consideraciones previas a la desatadura del recurso.

ALEGACIONES DE CONCLUSION.

SILENCIO DEL MINISTERIO PUBLICO.

En su alegato de conclusión, manifiesta la apelante que, si bien el Consejo de Estado anuló el inciso primero del artículo 118 del Acuerdo 7 de 1987, solicita “modificar esa posición teniendo en cuenta el efecto que la decisión adversa puede producir no solo en el desarrollo y planeación de la red vial de la ciudad sino en el derecho urbanístico”.

La señora Agente del Ministerio Público ante esta Sección, fue igualmente notificada del traslado para alegar en conclusión, pero guardó silencio.

CONSIDERA LA SALA:

Como acertadamente lo manifiesta la parte apelante, esta Corporación declaró, mediante sentencia del dieciséis (16) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992), “la nulidad del inciso lo. del artículo 118 del Acuerdo número 7 de 1987, expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá”.

SECCION PRIMERA

En esencia, el acto declarado nulo por esta Sección y el que tiene bajo su consideración en el presente proceso, en demanda también de nulidad, son idénticos.

El inciso primero del artículo 118 del Acuerdo número 7 del Concejo Distrital que fue declarado nulo, y el inciso primero del artículo 15 del Decreto 1467 expedido por el Alcalde del mismo Distrito tienen, como se ve a continuación, el mismo texto:

“CESION GRATUITA Y OBLIGATORIA.

“El Instituto de Desarrollo Urbano, para efectos de adelantar la negociación directa, o la expropiación de los predios que se requieran para vías arterias del plan vial, descontará en cada caso, el área de cesión gratuita y obligatoria, equivalente al siete por ciento (7%) del área bruta del terreno”. (En el Decreto 1467, dice además: “Con tal objeto el Instituto elaborará un registro topográfico en el cual se determinará la afectación vial”).

Es conveniente observar, para mayor claridad de este proveído, que la disposición transcrita, constante en los dos actos administrativos indicados y demandados ambos ante esta jurisdicción, ya había sido suspendida provisionalmente por esta Sala en sendos procesos mediante providencias fechadas el 23 de noviembre de 1989 y el 10 de junio de 1990, respectivamente, y en ambos casos por vía de apelación.

En ambas disposiciones, la del Concejo y la del Alcalde, se faculta al Instituto de Desarrollo Urbano para descontar, con el carácter de cesión gratuita y obligatoria, el 7% del área bruta del terreno sobre el cual ha de efectuarse una negociación directa o una expropiación, para vías arterias del Plan Vial.

Si bien es cierto que no podría hablarse de cosa juzgada por cuanto los entes expedidores y la naturaleza de los actos son diferentes que, de no serlo, se configuraría la excepción oponible a un pronunciamiento de fondo, es igualmente cierto que ambas disposiciones persiguen el mismo fin y, al identificarse en su contenido, contradicen las mismas normas de orden superior. Dentro de esta perspectiva, es aplicable en la doble circunstancia de derecho que se analiza, la una ya juzgada, la otra *ad portas* de serlo, la consideración sobre las incidencias que en la legalidad o ilegalidad del acto emitido por ambas autoridades administrativas, el Concejo y el Alcalde, pueda tener la interpretación de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre exequibilidad de los artículos 20. y 22 de la Ley 9a. de 1989.

En seguimiento pues del clásico principio “*ubi eadem ratio ibi idem dispositio*”, esta Sala aplica en el caso sub iuris, las consideraciones que ya había hecho en la sentencia que determinó la nulidad del texto cuestionado y contenido, en aquella oportunidad, en el Acuerdo número 7 de 1987, Estatuto de Valorización del Distrito Especial de Bogotá. Acuerdo que es reglamentado parcialmente por el Decreto 1467 de 1987 que reproduce, a su vez, también en el inciso primero del artículo 15, la disposición anulada definitivamente.

El fallo fechado el 16 de octubre de 1992, que revoca una sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca y en su lugar decreta la nulidad de la disposición ut retro transcrita, expresa:

“...El mencionado acuerdo “adopta el Estatuto de Valorización del Distrito Especial de Bogotá”, según reza el epígrafe que condensa su contenido. Su artículo 1o. define la “contribución de valorización como un gravamen real sobre las propiedades inmuebles, sujeta a registro destinado a la construcción de una obra, plan o conjunto de obras de interés público que se impone a los propietarios o poseedores de aquellos bienes inmuebles que se benefician con la ejecución de las obras” (subraya la Sala). El artículo acusado, denominado “Cesión Gratuita y Obligatoria”, se encuentra ubicado en el Título VIII - Capítulo I, que trata “De la adquisición de inmuebles que se requiere para Adelantar Obras Públicas por el sistema de Valorización”.

“De la exigibilidad y pago de la contribución de valorización tratan los capítulos Primero y Segundo del Título VII -Artículos 89 a 105- y en ninguna de sus disposiciones se prevé que la cesión gratuita y obligatoria se tenga como una forma de pago de la contribución de valorización o un anticipo de la misma, como se plantea en la sentencia. De modo que unas son las normas que regulan la adquisición de los predios que se requieren para la realización de obras públicas por el sistema de valorización y otras las que se refieren a la contribución que deben cumplir los propietarios de los predios que se benefician con dicha obra.

“El artículo 121 del mencionado Estatuto de Valorización establece una compensación que opera a favor de la administración en el sentido de que el valor de la parte del predio vendido o expropiado se descuenta el correspondiente a la contribución de valorización por el predio restante, lo que permite afirmar que dicho descuento se efectúa sin tener en cuenta el valor de la cesión.

“Estas apreciaciones que corresponden, mutatis mutandis, a las consignadas en uno de los salvamentos de voto a la sentencia apelada y, que esta Sala

SECCION PRIMERA

prohija, permiten en efecto concluir que la “cesión gratuita y obligatoria” que contempla la norma acusada, no es propiamente una contribución de valorización, como se sostiene en el fallo del *a-quó*.

“Ahora bien, de conformidad con los artículos 3o. de la Ley 25 de 1921 y 234 del decreto-Ley 1333 de 1986, la contribución de valorización se establece en razón del beneficio que obtiene la propiedad del inmueble con motivo de la ejecución de obras públicas, filosofía que se reitera en la definición que de tal concepto trae el Estatuto de Valorización de Bogotá, como atrás se anotó.

“Es claro que frente a la situación regulada en la norma impugnada sobre la adquisición de predios requeridos para la realización de vías arterias del plan vial de la capital de la República se pueden presentar eventos en que no se da la contribución de valorización, como cuando se requiere de la totalidad del predio para la realización de la obra, o cuando la porción restante del predio no permite la debida utilización, y, sin embargo, se establece la obligación de la cesión gratuita y obligatoria del 7% del total del predio, como también lo destaca el aludido salvamento de voto.

“Le asiste la razón al apelante cuando sostiene que el fallo del Tribunal interpreta equivocadamente la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 9 de noviembre de 1989, en la cual apoya básicamente su decisión. Ciertamente, en aquella sentencia, dictada con ocasión de la demanda de inexequibilidad de los artículos 2o. y 22 de la Ley 9a. de 1989, pese a que en ella se dijo que sí se podían hacer cesiones obligatorias y gratuitas, de su contexto se desprende inequívocamente que tales cesiones caben para terrenos que se pretendan urbanizar y que no pueden extenderse a vías que se vayan a construir por valorización, que es el sistema que se consagra en el Acuerdo número 7 de 1987, del cual hace parte la norma acusada.

“El siguiente aparte de la referida sentencia, que fue esgrimido justamente por uno de los dos salvamentos de voto al fallo recurrido, objetiviza el anterior aserto:

“... En los municipios con la población señalada existen las oficinas de planeación encargadas de autorizar el permiso que el, interesado solicita para urbanizar o construir al cual debe adjuntar los planos correspondientes a la obra y en éstos ha de constar necesariamente la cesión gratuita en referencia como requisito “*sine qua non*” para la concesión del permiso, de donde deriva su nombre de “cesión obligatoria gratuita”. La obligatoriedad de incluir en los planos tal cesión es una consecuencia de la función que la Constitución les da a los Concejos para reordenar lo

relacionado con el territorio municipal; quien quiera edificar o urbanizar su suelo ha de someterse a las limitaciones a éste dadas, de suerte que si no urbaniza no se le afecta su derecho; si lo hace, para obtener la licencia ha de hacer la cesión gratuita que no es normación nueva en el Derecho Colombiano; existió en el Acuerdo 7 de 1979 y en el Decreto 1640 de 1982 del Alcalde Mayor de Bogotá (artículos 5o. y 6o.)”.

“Resulta claramente acertado el aludido disentimiento del pronunciamiento del Tribunal cuando se señala que, conforme al artículo 118 del Acuerdo Número 7 de 1987, el propietario del terreno no somete por imperio de su voluntad el destino del mismo, como sí ocurre con el urbanizador.

“En ejecución del plan vial previamente adoptado y en desarrollo o del principio de la supremacía del interés común, la propiedad de terreno es declarada de utilidad común para que finalmente pase a manos de la hacienda, en este caso distrital, por efecto de la negociación directa o del procedimiento de la expropiación.

“Así que, el artículo 118 acusado, consagra una cesión obligatoria y gratuita, indiscriminadamente, es decir, en relación con todos los inmuebles que resulten afectados por la realización de vías arterias del Plan Vial, razón por la cual dicha norma estatuye una expropiación sin indemnización, ya que, finalmente, la administración, haciendo uso de su poder coactivo frente al particular, logra que el referido porcentaje de la propiedad privada pase a sus manos sin que exista compensación, lo cual deviene en flagrante violación del inciso 3o. del artículo 30 de la Constitución Política de 1886, invocado por el actor como infringido, que corresponde al inciso 4o. del artículo 58 de la actual Carta Fundamental”.

Las reflexiones transcritas, constituyeron la motivación fundamental para que esta Sala declarara la nulidad del inciso 1o. del artículo 118 del Acuerdo número 7 de 1987, expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, siendo retomadas en esta provisión judicial para declarar, de igual modo, la nulidad del acto demandado, similar, como reiteradamente se ha dicho, al que fue objeto de esa sentencia.

Es dable agregar, sin embargo, que al contener el artículo 15 del Decreto número 1467, expedido por el Alcalde del Distrito Especial de Bogotá para reglamentar el Acuerdo número 7 de 1987, otros incisos que no hacen parte del texto declarado nulo por esta Corporación en el proceso a que se ha venido aludiendo, la Sala considera que sin entrar en mayores lucubraciones esos incisos tienen que ser igualmente declarados nulos ya que forman un todo inescindible con el primero en cuanto señalan el procedimiento a seguir, por parte del Instituto

SECCION PRIMERA

de Desarrollo Urbano, "cuando la afectación vial sea superior al siete por ciento (7%) del área bruta del predio", porción de terreno que, por las razones expuestas, no puede constituir área de cesión gratuita y obligatoria.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, sin haber contado con la colaboración conceptual de la señora Agente del Ministerio Público,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia dictada en el caso de la referencia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 17 de septiembre de 1992.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 29 de abril de 1993.

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

**SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES /
SERVICIO DE VALOR AGREGADO / SERVICIO BASICO /
POTESTAD REGLAMENTARIA**

Primordialmente la finalidad del artículo 31 del Decreto Ley 1900 de 1.990 consiste en precisar que dentro de los servicios de telecomunicaciones, los de valor agregado sólo pueden utilizar como soporte servicios básicos, telemáticos, de difusión o cualquier combinación de éstos, en hacer una enumeración no taxativa -pues emplea la expresión "entre otros"-, de los servicios que forman parte de aquellos, y en enfatizar sobre la diferencia que debe existir entre los servicios básicos y los de valor agregado para que éstos puedan ser considerados como tales. Cuando dicha norma emplea la expresión "entre otros" al referirse a los servicios que forman parte de los servicios de valor agregado, está dejando abierta la posibilidad al reglamento para que tenga en cuenta otros diferentes a los indicados en la ley, lógicamente sin perder de vista la naturaleza de los servicios. El hecho de especificar o de ahondar en las características diferenciables entre uno u otro servicio desde el punto de vista de la transmisión y de la información, justifica que la preceptiva acusada haya consagrado que sólo se considerarán servicios de valor agregado los que se puedan diferenciar de los servicios básicos, de acuerdo con el Decreto Ley 1900 de 1.990, "Y DE CONFORMIDAD CON EL PRESENTE DECRETO", sin que ello constituya extralimitación de la potestad reglamentaria. Los vocablos "utilizar" y "usar" tienen la misma acepción. De tal suerte que al referirse el reglamento a que los servicios de valor agregado "hacen uso" de servicios básicos, telemáticos, de difusión, etc., equivale a afirmar que tales servicios "son aquellos que utilizan como soporte servicios básicos...", sin que por parte alguna se advierta que en

SECCION PRIMERA

el reglamento se quiere significar ausencia de obligatoriedad frente a los servicios básicos, telemáticos, de difusión o cualquier combinación de estos, que son el soporte de los servicios de valor agregado.

SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES / RED DE TELECOMUNICACIONES / SISTEMA SATELITAL

La Ley autoriza la instalación, uso y explotación de redes para la de servicios de telecomunicaciones. En la expresión **SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES** necesariamente quedan incluidos los servicios básicos, de difusión, telemáticos y **DE VALOR AGREGADO**, auxiliares de ayuda y especiales, pues, conforme al artículo 27 del Decreto Ley 1900 de 1990, todos los anteriores conforman la clasificación de los servicios de telecomunicaciones para los efectos de dicho Decreto. Teniendo en cuenta que el artículo 15 transcrito al hablar genéricamente de servicios de telecomunicaciones, está comprendiendo a los servicios de valor agregado, nada impide que los actos acusados prevean la existencia de una red telecomunicaciones de valor agregado, como servicio de telecomunicaciones que éste es. Los servicios de valor agregado pueden tener red de telecomunicaciones para satisfacer necesidades específicas del público. Siendo esto así, y considerada la red de telecomunicaciones del Estado conforme lo regla el artículo 14 del Decreto Ley 1900 de 1990 como “el conjunto de elementos que permite conexiones entre dos o más puntos definidos para establecer la telecomunicación entre ellos, y a través de la cual se prestan los servicios al público”, debe entenderse que los sistemas satelitales, como sus rampas ascendentes y descendentes, por ser elementos de la red de telecomunicaciones pueden usarse en redes de valor agregado.

Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera
Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2216. Acción: Nulidad. Actor: OSWALDO FRANCISCO HERNANDEZ ORTIZ.

El ciudadano y abogado OSWALDO FRANCISCO HERNANDEZ ORTIZ, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad

consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demanda ante esta Corporación, para que mediante sentencia se haga la siguiente declaración:

I-. PETITUM.

a): Que se declare la nulidad de los artículos 2o. a 5o., 7o., 11 a 13 en su numeral 3o. y el párrafo del artículo 17 del Decreto Reglamentario No. 1794 de 15 de Julio de 1991 “por el cual se expiden normas sobre los Servicios de Valor Agregado y Telemáticos y se reglamenta el Decreto 1900 de 1990”, expedido por el Gobierno Nacional.

II-. CAUSA PETENDI.

En apoyo de su pretensión, el demandante aduce los siguientes cargos de violación, que pueden resumirse así:

PRIMER CARGO:

EXTRALIMITACION DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA PORQUE SE RESTRINGE LA NORMA SUPERIOR POR EL REGLAMENTO, MODIFICANDO EL SENTIDO DE LA LEY

El artículo 2o. del Decreto 1794 de 1991 viola los artículos 28, 31 y 37 del Decreto Ley 1.900 de 1990, en concordancia con el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional porque:

a): El artículo 31 del Decreto Ley 1900 de 1990 define qué se entiende por servicios de valor agregado en forma precisa y detallada desde el punto de vista conceptual, técnico y jurídico, y el artículo acusado cercena completamente tal definición al suprimir el aparte “utilizan como soporte servicios básicos, telemáticos, de difusión, o cualquier combinación de estos, y con ellos proporcionan la capacidad completa...” y al eliminar la expresión “nuevas” a las necesidades específicas de telecomunicaciones, lo que conduce a extender el servicio de valor agregado a todos los servicios de telecomunicación aun cuando ya están cubiertos por el servicio utilizado como soporte.-

Así mismo en la nueva definición dada en el texto reglamentario desaparece el inciso 2o. del artículo 31 del Decreto Ley 1.900 de 1990 y en el inciso 3o. se da un alcance que no tiene el de la Ley cuando establece que “solo se considerarán servicios de valor agregado aquéllos que se puedan diferenciar de los servicios básicos, en los términos del Decreto 1.900 de 1990, y de conformidad con el presente Decreto”, facultad ésta última que crea el reglamento sin autorización alguna.

SECCION PRIMERA

b): Al modificar sustancialmente el sentido de la Ley se viola el artículo 28 del Decreto Ley 1.900 de 1990, pues el servicio de valor agregado se convirtió en servicio básico que proporciona la capacidad completa necesaria para el envío o intercambio de información, es decir, la transmisión de señales entre dos o más puntos de la red de telecomunicaciones, cuando ningún servicio de valor agregado, como por ejemplo el video texto o el correo eléctrico, desde el punto de vista técnico pueden por sí mismos proporcionar tal capacidad completa.

c): Al convertirse el servicio de valor agregado en servicio básico, el concesionario de servicios de valor agregado puede prestar servicios básicos de telecomunicaciones internacionales, lo cual viola el artículo 37 *ibídem*, que reserva la prestación de tales servicios básicos a personas de derecho público pertenecientes al orden nacional, además que si los servicios telemáticos y de valor agregado, de conformidad con el artículo 40 del Decreto Ley 1.900 de 1990 se otorgan mediante licencia, es decir, se adjudican sin licitación, y de acuerdo con el artículo 41 *ibídem* la prestación de los servicios básicos se rige por el Decreto 222 de 1983, esto es, deben adjudicarse mediante licitación pública, luego las concesiones y licencias que se otorguen serían contrarias a la ley.

SEGUNDO CARGO:

EXTRALIMITACION DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA, PUES EL REGLAMENTO LE DA A LOS SERVICIOS DE VALOR AGREGADO UN ALCANCE EN SU PRESTACIÓN QUE LA LEY NO LE OTORGA.

El artículo 3o. del Decreto 1.794 de 1991, quebranta los artículos 31, 40 y 41 del Decreto Ley 1900 de 1990, 76 de la Constitución Política y 41 del Decreto Ley 222 de 1983, así:

a): Al expresar “los servicios de valor agregado hacen uso de servicios básicos...” viola el artículo 31 del Decreto Ley 1.900 de 1990, por cuanto éste habla de “servicios de valor agregado son aquellos que utilizan como soporte servicios básicos”, y si la ley utiliza determinado vocablo, especialmente en materias técnicas, como lo son las telecomunicaciones, el reglamento no puede emplear otro, pues las palabras de la ley se entienden en su sentido natural y obvio.

“Utilizar como soporte” tiene un sentido obligatorio, en tanto que “usar” es una acción sin obligatoriedad y quizás ese sea el sentido del reglamento.

b): De conformidad con el citado artículo 31 se establece una clara diferenciación entre los servicios de valor agregado y los servicios soporte como son los básicos. En consecuencia, si se autoriza una licencia para prestar un servicio de valor agregado, no tiene por qué entenderse que su alcance u objeto cobija el servicio soporte como por ejemplo un servicio básico, pues son servicios distintos, con alcances diferentes, competencias para su autorización diversas y formas de acceder a ellos también diferentes. En otras palabras, la licencia para servicios de valor agregado involucro la prestación de servicios básicos, si fuere del caso internacionales, violando así el artículo 37 *ibídem*.

c): Pese a que el artículo 3o. para cubrir su eventual nulidad agrega la expresión **“sin posibilidad de la prestación directa de dicho servicio soporte a terceras personas”**, ello es una cortina de humo y distractora pues si el servicio de valor agregado puede prestarlo el licenciatarario al público, indirectamente estará prestando cualquiera de los servicios de soporte al público, lo que es abiertamente ilegal.

Conforme al artículo 40 del Decreto Ley 1900 de 1990 los servicios básicos se prestan mediante el otorgamiento del contrato de concesión, mientras que los de valor agregado se autorizan mediante licencia.

La prestación de los servicios básicos de telecomunicaciones al regirse por el decreto Ley 222 de 1983, según lo dispone el artículo 41 del Decreto 1.900 de 1990, se adjudica por licitación pública si no existe norma que permita la licitación privada o la contratación directa. En consecuencia, el artículo 3o. viola igualmente el artículo 41 *ibídem* y de contera el artículo 29 del Decreto Ley 222 de 1983.

TERCER CARGO:

EXTRALIMITACION DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA POR CUANTO EL REGLAMENTO NO TIENE EN CUENTA LOS CRITERIOS DE LA LEY REGLAMENTADA, PARA DIFERENCIAR LOS SERVICIOS DE VALOR AGREGADO DE LOS SERVICIOS BÁSICOS.

El artículo 4o. del Decreto Ley 1.794 de 1991 viola el artículo 31 del Decreto Ley 1900 de 1990, por cuanto el primer inciso de esta norma contiene los criterios que permiten diferenciar los servicios de valor agregado de los servicios básicos al expresar en la definición **“agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones”** con lo cual se está refiriendo al servicio básico que es uno de los servicios soporte y a la satisfacción de nuevas necesidades específicas

SECCION PRIMERA

de telecomunicaciones, que es un criterio concreto, en tanto que el citado artículo 4o. no toma en consideración para ningún efecto estas características o criterios y confunde la causa con el efecto, pues para el Decreto Reglamentario lo que hace diferenciable uno y otro servicio es una característica común a ambos.

CUARTO CARGO:

EXCESO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA AL AUTORIZAR LA RED DE TELECOMUNICACIONES DE VALOR AGREGADO.

Los artículos 5o., 11 y 12 del Decreto acusado, quebrantan los artículos 28, 31 y 37 del Decreto Ley 1900 de 1990, ya que conforme a estas disposiciones con respecto a las redes de telecomunicaciones, tratándose de servicios de valor agregado que utilizan como uno de los soportes servicios básicos, no es lógico ni concebible que exista una red de valor agregado para por ejemplo la transferencia electrónica de fondos, el videotexto, el teletexto y el correo electrónico, pues, como es obvio, se requiere para prestar ese servicio el soporte del servicio básico, que es el único que proporciona la capacidad necesaria para la transmisión de señales entre dos o más puntos de la red de telecomunicaciones (art. 28 Decreto Ley 1.900 de 1990).

El Reglamento distorsiona el concepto de la red de telecomunicaciones, al confundir el criterio de ésta con el servicio mismo; y en el artículo. 5o. deja abierta la puerta para que el licenciataria de este servicio pueda prestar otros, como por ejemplo los servicios básicos internacionales, lo cual viola los artículos 14., 15 y 16 *ibídem*.

QUINTO CARGO:

EXTRALIMITACION DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA POR CUANTO EL REGLAMENTO ACUSADO MODIFICA EL SENTIDO DE LA LEY, PUES EL USO DE LOS SISTEMAS SATÉLITES ES PROPIO DE LOS SERVICIOS BASICOS Y NO DE LOS DE VALOR AGREGADO.

El artículo 7o. del Decreto enjuiciado es violatorio de los artículos 14, 28, 31, 37 y 64 del Decreto Ley 1900 de 1990, ya que un sistema satelital técnicamente permite la capacidad necesaria para la transmisión de señales entre dos o más puntos definidos, y en materia de telecomunicaciones, constituye una innovación que permite transmitir señales, imágenes y sonidos, y por esta razón es un servicio básico de telecomunicaciones. Sin embargo, dicho artículo 7o. en la práctica está permitiendo que los licenciataria de valor agregado

puedan solapadamente prestar servicios básicos, lo que transgrede el artículo 37 del Decreto Ley 1900 de 1990, y al convertir un servicio de valor agregado en un servicio básico quebranta los artículos 28 y 31 *ibidem*.

SEXTO CARGO:

EXCESO EN LA POTESTAD REGLAMENTARIA, PUES EL MINISTERIO DE COMUNICACIONES UNICAMENTE PUEDE AUTORIZAR LA PRESTACION DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES ENTRE LOCALIDADES DEL TERRITORIO NACIONAL.

El numeral 3o. del artículo 13, vulnera los artículos 34 y 35 del Decreto Ley 1900 de 1990, en concordancia con los artículos 285, 287, 298, 311 y 356 de la Constitución Nacional, al convertir el Reglamento todos los servicios de valor agregado como de competencia del Ministerio de Comunicaciones, cuando lo que autorizó el Decreto Ley son los servicios entre localidades, que es cosa distinta.

Por otra parte, el artículo 35 del mencionado Decreto Ley 1900 de 1990 habla de concesión, lo que está indicando que el Ministerio de Comunicaciones sólo puede conceder servicios básicos de telecomunicaciones, no servicios de valor agregado que serían propios de las entidades territoriales.

Como el Decreto acusado convierte los servicios de valor agregado en servicios básicos, por esta razón habla de concesión y no de licencia.

Los artículos 356, 285, 287, 298 y 311 de la Constitución Nacional señalan la distribución de los servicios públicos a cargo de la nación, sus entidades descentralizadas y que la ley debe definir cuáles son los servicios de las entidades territoriales. En el caso de las telecomunicaciones la ley (Decreto 1900 de 1990, artículos 34 a 37), fijó las competencias de las entidades territoriales y de la nación. El numeral 3o. acusado al fijar como servicios a cargo de la Nación los de valor agregado obro contrariamente a la ley, pues tuvo ingerencia en un asunto reservado a ésta.

SEPTIMO CARGO:

El párrafo del artículo 17 impugnado viola el artículo 5o. de la Ley 72 de 1989, pues permite habilitar el requisito de experiencia de quienes soliciten la respectiva concesión con empresas extranjeras prestatarias del servicio, lo que implica que tales empresas puedan prestar por vía indirecta, cuando no directa,

SECCION PRIMERA

servicios de telecomunicaciones de valor agregado, lo cual de acuerdo con la citada ley está prohibido.

III-. TRAMITE DE LA ACCION.

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista y alegaciones.

Se tuvo como parte demandada a la Nación- Ministerio de Comunicaciones- y como impugnantes a los ciudadanos **JUAN CARLOS GOMEZ JARAMILLO Y SERGIO REGUEROS SWONKIN.**

III.1-. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA.

El Ministerio de Comunicaciones, a través de apoderada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones del libelo demandatorio aduciendo, en esencia, lo siguiente:

III.1.1-. La ilegalidad de un Decreto no se puede deducir lógicamente de la sola diferencia entre el texto literal de la ley y el del reglamento. Debe existir contradicción o incompatibilidad entre las normas, para que la de menor jerarquía pueda calificarse como violatoria de la superior.

La labor del reglamento no es repetir la ley.

III.1.2-. En cuanto al artículo 2o. acusado no es, como lo afirma el demandante, que en el reglamento se suprima de la definición de servicio de valor agregado la expresión a que alude el cargo. Lo que sucede es bien diferente, pues estas expresiones son contenidas casi en su totalidad en el artículo 3o. del reglamento, por considerarse que deben regularan por aparte, lo que no hace al reglamento contrario a la ley, más aún si se tiene en cuenta que no es pretensión de dicho artículo 2o. regular íntegramente el asunto o definir de manera plena y completa este tipo de servicio, sino que su enunciado es apenas parcial y debe interpretarse en concordancia con otras disposiciones del mismo reglamento y con la propia ley reglamentada.

En lo que respecta a la expresión “nuevas”, no tiene en cuenta el demandante el aparte que dice “**agregando otras facilidades al servicio soporte o...**” y es claro que si se agregan otras facilidades a los usuarios del servicio básico ellas serán nuevas, pues no es posible que sean otras y al mismo tiempo las mismas.

En lo que atañe a la expresión “y de conformidad con el presente Decreto”, el Gobierno sí posee potestad reglamentaria como competencia constitucional propia y para ejercerla no requiere de autorización legal alguna.

En los artículos 2o., 3o. y 4o., el Reglamento es categórico en afirmar que los servicios de valor agregado y los servicios básicos son diferentes y en ningún momento convierte a éstos en aquéllos.

Los concesionarios de servicios de valor agregado no están autorizados legal ni reglamentariamente para prestar al público servicios básicos de telecomunicaciones y por ello no es correcta la deducción que hace el demandante de que el otorgamiento de licencia o autorización administrativa para la prestación de servicios de valor agregado lleva implícita una violación del régimen de contratación administrativa regulado en el Decreto Ley 222 de 1983.

III.1.3-. En lo que toca con el cargo de violación del artículo 3o., no cabe duda que el actor pretende que el Gobierno ni siquiera pueda cambiar expresiones, por sus sinónimos o hacer giros gramaticales. No es claro de dónde pueda deducirse que el término “utilizar” pueda tener un contenido de obligatoriedad mayor o diferente del que tiene el término “usar”.

La concesión que requiere contrato por parte del Estado hace referencia a la prestación del servicio básico y aquí sí Decreto no permite prestarlo. Por el contrario, lo prohíbe. Lo que se permite es el establecimiento, uso o explotación del servicio soporte del telemático o del de valor agregado, que es el que efectivamente se presta a los usuarios.

III.1.4-. En lo que respecta a la violación del artículo 31 del Decreto 1.900 de 1990 por parte del enunciado del artículo 4o., en realidad aquella disposición no establece criterios de diferenciación entre los servicios básicos y los de valor agregado y sólo describe éstos sin relación de comparación con los básicos.

La disposición acusada es desarrollo de la norma legal y su contenido se limita a establecer cuáles son los criterios que deben tomarse en cuenta en la diferenciación entre los servicios, pues para saber si un servicio es diferente de otro deben compararse con base en algunos criterios fijados por la ley de manera general y concretados en el reglamento.

III.1.5-. Sobre el cuarto cargo con el que se pretende obtener la nulidad de los artículos 5o., 11 y 12 del Decreto 1.794, se anota que el hecho que la prestación de servicios de valor agregado tenga como soporte los servicios

SECCION PRIMERA

básicos, no implica que con la red de telecomunicaciones para servicios básicos sea suficiente para la prestación de servicios telemáticos o de valor agregado, ni que la red para estos servicios esté legalmente prohibida.

Además, el artículo 15 del Decreto 1900 de 1990 no prohíbe y por el contrario autoriza la instalación, uso y explotación de redes de telecomunicaciones, aun cuando existan redes de telecomunicaciones del Estado.

III.1.6-. En lo que atañe al quinto cargo, el artículo 7o. impugnado lo que hace es afirmar que los sistemas satelitales así como sus rampas ascendentes y descendentes son elementos de la red de telecomunicaciones, lo que es jurídica y técnicamente indiscutible a la luz de la definición de red de telecomunicaciones contenida en el artículo 14 del Decreto Ley 1900 de 1990.

En todo caso que sea posible comunicación a través de servicios básicos, lógica y técnicamente será posible la prestación de servicios telemáticos y de valor agregado que se soporten en aquéllos.

III.1.7-. En cuanto a la nulidad del numeral 3o. del artículo 13, éste no solo define los servicios telemáticos y de valor agregado de cubrimiento nacional sino que además determina los de cubrimiento local, departamental e internacional, por lo cual no es cierto que convierta a todos los servicios telemáticos y de valor agregado como nacionales y su concesión en competencia del Ministerio de Comunicaciones, pues expresamente en los numerales 1o. y 2o. se otorga competencia a los Alcaldes y Gobernadores dentro del ámbito de sus jurisdicciones.

Es perfectamente posible prestar servicios básicos locales y de larga distancia nacional e internacional, como así mismo lo es que los servicios telemáticos y de valor agregado tengan las mismas áreas de cubrimiento, por lo tanto la prestación del servicio puede recaer en la nación.

III.1.8-. En lo que guarda relación con la nulidad del párrafo del artículo 17, el cargo parte de una interpretación equivocada del alcance del artículo 5o. de la Ley 72 de 1989, pues lo que ordena esta norma es que las concesiones en materia de telecomunicaciones se otorguen a personas naturales o jurídicas colombianas, lo que es notoriamente diferente del contenido de la norma que se demanda.

III.2. LOS ESCRITOS DE IMPUGNACION.

III.2.1-. El ciudadano **JUAN CARLOS GOMEZ JARAMILLO**, en su calidad de impugnante, manifiesta que se adhiere a los argumentos del

Ministerio de Comunicaciones, por cuanto en el campo de las telecomunicaciones las normas reglamentarias deben tener un desarrollo que permita el ejercicio constitucional del derecho a la información y evidentemente a partir de la vigencia del Decreto Ley 1.900 de 1990, el legislador ha querido que en el sector exista competencia.

III.2.2 -. El ciudadano **SERGIO REGUEROS SWONKIN**, en el texto de su impugnación, expone, en síntesis, lo siguiente:

a): Los elementos esenciales de los servicios de valor agregado, según la definición legal del Decreto 1900 de 1990, se dejan resumir así:

- Se trata de servicios que proporcionan capacidad completa para el envío o intercambio de información.
- La capacidad completa, que es distinta de la capacidad necesaria, la adquieren tales servicios por medio de la utilización de algún servicio soporte, lo cual los diferencia de los servicios básicos que proporcionan la capacidad completa en sí mismos.
- Los servicios de valor agregado deben agregar facilidades al servicio soporte o satisfacer nuevas necesidades específicas.
- Un servicio de valor agregado para que pueda ser considerado como tal, debe adicionalmente ser diferenciado de los servicios básicos.

Los anteriores elementos se encuentran en la definición reglamentaria y por ello ambas definiciones resultan ser idénticas, por lo cual es infundado el cargo.

b): El Decreto 1794 de 1991, en estricto desarrollo de las normas legales, permite que los operadores de servicios de valor agregado establezcan y utilicen -pero no presten-, los servicios soporte que requieran para que los servicios de valor agregado adquieran la capacidad completa para el envío o intercambio de la información, lo cual descansa sobre las normas del Decreto Ley 1.900 de 1.990 (artículos 4o, 15, 34, 35, 39, 40,43, 46, 47), que son consecuentes con la Ley 72 de 1989 (artículos 5o., 7o. y 8o).

c): El agregar facilidades al servicio soporte o el satisfacer nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones no son en la definición legal características diferenciables sino elementos tipificantes de los servicios de valor agregado, que deben cumplir con la exigencia contenida en el inciso 3o. del artículo 31 del Decreto Ley 1900 de 1990.

SECCION PRIMERA

La ley no dice cuáles son los criterios de diferenciación utilizados. Esta tarea quedó delegada al Reglamento y es lo que precisamente hace el artículo 4o. demandado.

d): No es el Reglamento el que autoriza la instalación, uso y explotación de redes de telecomunicaciones, sino la misma ley (artículo 15 Decreto 1900 de 1990).

El Decreto Ley citado no especifica la clase de redes que se puedan autorizar, por lo cual deben considerarse incluidas todas aquellas que corresponden a la definición legal contenida en el artículo 14 *ibídem*.

El Decreto Ley tampoco limita los servicios a los que se refieren esas redes y conforme al artículo 15 debe entenderse que se refiera a todos y cada uno de los servicios de que trata el mismo Decreto.

e): Se equivoca el actor al considerar que los sistemas satelitales están afectados a unos determinados servicios y no a otros, y ello obedece al desconocimiento del principio fundamental que soporta toda la estructura del Decreto 1.900 de 1990: la diferenciación tajante entre redes y servicios.

Los satélites y sus rampas, que en su conjunto constituyen el sistema satelital, son elementos de red y no de servicios de telecomunicaciones (artículo 14 Decreto Ley 1.900 de 1990).

f): El Decreto 1.794 de 1991 en su artículo 13 respeta todas las reglas de distribución de competencias para la concesión de servicios establecidas en los artículos 34, 35 y 43 del Decreto Ley 1.900 de 1990, motivo por el cual no puede predicarse del mismo su ilegalidad.

g): El párrafo del artículo 17 acusado simplemente permite que las personas naturales o jurídicas colombianas acrediten experiencia en la prestación del servicio de valor agregado. No permite que las concesiones sean otorgadas a personas naturales o jurídicas extranjeras, acatando así la prohibición del artículo 5o. de la Ley 72 de 1989.

III.2.3-. La ciudadana **TALIA CONSTANTIN CASAS**, a quien habrá de reconocérsele personería en la parte resolutive de esta providencia, en la oportunidad legal para alegar de conclusión mediante escrito solicita se rechacen las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que el Decreto acusado no contradice la ley sino que la sigue fielmente y que en el curso del proceso no se aportó ninguna prueba o elemento que desvirtúe la providencia en que se denegó la suspensión provisional.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Para resolver la controversia suscitada, se estudiarán los cargos en el mismo orden en que han sido formulados:

PRIMER CARGO:

Censura el actor la violación de los artículos 31, 28 y 37 del Decreto Ley 1900 de 1990, en concordancia con el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, por parte del artículo 2o. del Decreto 1.794 de 1991, que dispone:

“Servicios de Valor Agregado. Servicios de Valor Agregado son aquellos que proporcionan la capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo necesidades específicas de telecomunicaciones. Solo se considerarán servicios de valor agregado aquellos que se puedan diferenciar de los servicios básicos, en los términos del Decreto 1.900 de 1990, y de conformidad con el presente Decreto”.

Estatuye el artículo 31 del Decreto 1900 de 1990:

“Servicios de valor agregado son aquellos que utilizan como soporte servicios básicos, telemáticos, de difusión, o cualquier combinación de éstos, y con ellos proporcionan la capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones”.

Como lo advirtió la Sala al pronunciarse sobre la solicitud de suspensión provisional, de la confrontación de las dos normas antes transcritas se desprende:

a): Ambas concuerdan en definir los servicios de valor agregado como los que proporcionan la capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo (con excepción de la expresión “nuevas” que no la trae el reglamento) necesidades específicas de telecomunicaciones, y en cuanto señalan que se considerarán por tales servicios, los que se puedan diferenciar de los servicios básicos, y además -lo cual agrega el reglamento-, “y de conformidad con el presente Decreto”.

b): Difieren en cuanto a que el reglamento no trae los servicios utilizados como soporte por los servicios de valor agregado, ni los que forman parte de los mismos.

SECCION PRIMERA

Para el actor el haber cercenado el acto acusado los apartes que han quedado vistos conduce a extender el servicio de valor agregado a todos los servicios detelecomunicaciones y a arrogarse una facultad sin autorización alguna.

Observa la Sala que primordialmente la finalidad del artículo 31 del Decreto Ley 1900 de 1990 consiste en precisar que dentro de los servicios de telecomunicaciones, los de valor agregado sólo pueden utilizar como soporte servicios básicos, telemáticos, de difusión o cualquier combinación de éstos, en hacer una enumeración no taxativa -pues emplea la expresión "entre otros"-, de los servicios que forman parte de aquellos, y en enfatizar sobre la diferencia que debe existir entre los servicios básicos y los de valor agregado para que éstos puedan ser considerados como tales.

El inciso 1o. del artículo 3o. del Decreto 1794 de 1991 preceptúa:

"... Los servicios de valor agregado hacen uso de servicios básicos, telemáticos, de difusión o cualquier combinación de éstos, bien sea a través de una red operada por otro o de una red propia de telecomunicaciones". Señala el artículo 4o. *ibídem*:

"Características diferenciables. Sólo se consideran servicios de valor agregado aquéllos que se puedan diferenciar de los servicios básicos. Las características que hacen diferenciable un servicio de valor agregado se pueden referir a la transmisión de información de cualquier naturaleza o a la información transmitida o a una combinación de ambas posibilidades.

Hacen parte de las características diferenciables referidas a la transmisión, entre otras, la conversión de protocolos, la conversión de códigos, la conversión de formatos, la conversión de velocidades. Hacen parte de las características diferenciables referidas al tratamiento de la información, entre otros, el acceso, almacenamiento, envío, tratamiento, depósito y recuperación a distancia de información...."

De lo anterior fluye con meridiana claridad que no se presenta la violación del artículo 31 del Decreto Ley 1900 de 1990, como quiera que los aspectos relevantes que en dicha norma se destacan, son tenidos en cuenta en los artículos 2o., 3o. y 4o. del Decreto 1794 de 1991, al limitar el soporte de los servicios de valor agregado a los servicios básicos, telemáticos, de difusión, o la combinación de éstos, que es lo que propende el citado artículo 31; además, cuando dicha norma emplea la expresión "entre otros" al referirse a los servicios que forman parte de los servicios de valor agregado, está dejando abierta la posibilidad al reglamento para que tenga en cuenta otros diferentes a los indicados en la ley,

lógicamente sin perder de vista la naturaleza de los servicios, como acontece con la regulación que se hace en el artículo 4o. transcrito, y finalmente, si una de las exigencias que se advierten en el aludido artículo 31 consiste en la diferencia que debe prevalecer entre los servicios básicos y los de valor agregado para efectos de considerar a estos como tales, el hecho de especificar o de ahondar en las características diferenciables entre uno u otro servicio desde el punto de vista de la transmisión y de la información, justifica que la preceptiva acusada haya consagrado que sólo se considerarán servicios de valor agregado los que se puedan diferenciar de los servicios básicos, de acuerdo con el Decreto Ley 1900 de 1990, Y DE CONFORMIDAD CON EL PRESENTE DECRETO”, sin que ello constituya extralimitación de la potestad reglamentaria, pues precisamente la función del reglamento está dada para hacer más expedita la ley, la cual por su carácter general no puede prever todas las particularidades que se puedan presentar en el momento de su aplicación.

Como la infracción de los artículos 28 y 37 del mismo Decreto Ley 1900 de 1990 depende de la violación del artículo 31 *ibídem*, que no se produjo, la Sala se abstiene del análisis de los mismos y por lo tanto concluye que el cargo no está llamado a prosperar.

SEGUNDO CARGO:

Para el actor, el artículo 3o. del Decreto 1794 de 1991 viola los artículos 31, 40 y 41 del Decreto Ley 1900 de 1990 ; 76 de la Constitución Política y 41 del Decreto Ley 222 de 1983.

Prescribe el artículo 3o. acusado:

“...Los servicios de valor agregado hacen uso de servicios básicos, telemáticos, de difusión o cualquier combinación de éstos, bien sea a través de una red operada por otro o de una red propia de telecomunicaciones.

La licencia para la prestación de un servicio de valor agregado o telemático involucró, si fuere el caso, el permiso para el establecimiento, uso y explotación del servicio soporte, sin posibilidad de la prestación directa de dicho servicio soporte a terceras personas, con independencia del servicio, objeto de la licencia, y al acceso e interconexión a servicios soporte prestados por otro operador autorizado, definidos por el licenciatario”.

Este cargo descansa sobre el argumento de que el vocablo “utilizar” empleado en la Ley, difiere de la expresión “usar” a que se refiere el reglamento, y que con el acto acusado se está autorizando la licencia para prestar un servicio soporte como por ejemplo un servicio básico.

SECCION PRIMERA

Encuentra la Sala que no asiste razón al actor por cuanto los vocablos “utilizar” y “usar” tienen la misma acepción. En efecto, según el Diccionario de la Lengua Española utilizar es “aprovecharse de una cosa” y usar es “hacer servir una cosa para algo”. De tal suerte que al referirse el reglamento a que los servicios de valor agregado “hacen uso” de servicios básicos., telemáticos, de difusión, etc., equivale a afirmar que tales servicios “son aquellos que utilizan como soporte servicios básicos...”, sin que por parte alguna se advierta que en el reglamento se quiere significar ausencia de obligatoriedad frente a los servicios básicos, telemáticos, de difusión o cualquier combinación de estos, que son el soporte de los servicios de valor agregado.

En este sentido se observa total armonía entre el Decreto Ley 1900 de 1.990 y la norma que lo reglamenta.

Ahora bien, la prevención o salvedad que en el inciso final del artículo 3o. transcrito se hace expresamente cuando señala: **“sin posibilidad de la prestación directa de dicho servicio soporte a terceras personas, con independencia del servicio; objeto de la licencia,...”**, no admite interpretación distinta a que los servicios soporte, dentro de los cuales está el servicio básico, no pueden prestarse directamente a terceras personas, y si ello es así, carece de fundamento la afirmación del demandante en el sentido de que se está autorizando la prestación de servicios básicos mediante licencia y por esta razón no prospera el cargo.

TERCER CARGO:

Formula el actor el cargo de que el artículo 4o. del Decreto 1794 de 1991 quebranta el inciso 1o. del artículo 31 del Decreto Ley 1900 de 1991 al desconocer los criterios que permiten diferenciar los servicios de valor agregado de los servicios básicos.

Al respecto cabe anotar:

El acto enjuiciado en primer término parte del supuesto que los servicios de valor agregado son aquellos que se pueden diferenciar de los servicios básicos, para luego señalar las características que los hacen diferenciables teniendo en cuenta la transmisión de información, la información transmitida, o la combinación de ambas posibilidades.

Confrontada la norma que se acaba de analizar con el artículo 31 del Decreto Ley 1.900 de 1990, se observa que esta disposición en su inciso final también consagra como requisito indispensable para considerar un servicio de valor agregado como tal, aquél que se pueda diferenciar de un servicio básico.

Lo que el reglamento propende es profundizar en las características que hacen diferenciable un servicio de otro y que, como ya se dijo al estudiar el primer cargo, la Ley por obvias razones atendiendo a la generalidad que la caracteriza, no ha precisado.

De otra parte, cuando en la definición que consagra el artículo 31 se dice **"agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones"**, no es, como lo entiende el actor, que se está sentando un criterio de diferenciación que desconoce el reglamento, sino que tal regulación constituye la finalidad que se busca con el servicio, finalidad esta que se encuentra satisfecha en el artículo 2o. del decreto 1794 de 1991 cuando se expresa que los servicios de valor agregado son **"aquellos que proporcionan la capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo necesidades específicas de telecomunicaciones"**.

CUARTO CARGO:

Según el actor los artículos 5o., 11 y 12 del Decreto 1794 de 1991 vulneran los artículos 14, 15, 16, 28, 31 y 37 del Decreto Ley 1900 de 1990, ya que no es lógico ni concebible que exista red de valor agregado.

De la lectura atenta de las normas transcritas se infiere que el reglamento prevé la existencia de una red de valor agregado especializada de telecomunicaciones para prestar servicios telemáticos y de valor agregado tendientes a satisfacer necesidades específicas a usuarios o grupo de usuarios, que podrán interconectarse a la red pública telefónica o a otra red de telecomunicaciones del Estado, previo el cumplimiento de determinados requisitos y de la aprobación por parte del Ministerio de Comunicaciones.

Para abordar el estudio de este cargo es preciso tener en cuenta la preceptiva del artículo 15 del Decreto Ley 1900 de 1990 que señala:

"La red de telecomunicaciones del Estado comprende además, aquellas redes cuya instalación, uso y explotación se autoricen a personas naturales o jurídicas privadas para la operación de servicios de telecomunicaciones, en las condiciones que se determinan en el presente Decreto.

Parágrafo. El Gobierno Nacional podrá autorizar la instalación, uso y explotación de redes de telecomunicaciones, aun cuando existan redes de telecomunicaciones del Estado".

SECCION PRIMERA

Del contenido de esta disposición surge claramente que la Ley autoriza la instalación, uso y explotación de redes para la de servicios de telecomunicaciones.

En la expresión **SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES** necesariamente quedan incluidos los servicios básicos, de difusión, telemáticos **DE Y VALOR AGREGADO**, auxiliares de ayuda y especiales, pues, conforme al artículo 27 del Decreto Ley 1.900 de 1990, todos los anteriores conforman la clasificación de los servicios de telecomunicaciones para los efectos de dicho Decreto.

Teniendo en cuenta que el artículo 15 transcrito al hablar genéricamente de servicios de telecomunicaciones, está comprendiendo a los servicios de valor agregado, nada impide que los actos acusados prevean la existencia de una red telecomunicaciones de valor agregado, como servicio de telecomunicaciones que éste es.

QUINTO CARGO:

Estatuye el artículo 7o. impugnado:

“Uso de sistemas satelitales. Los sistemas tales así como sus rampas ascendentes y descendentes son elementos de la red de telecomunicaciones. Su uso para el establecimiento de redes de valor agregado requerirá de autorización previa del Ministerio de Comunicaciones, el cual verificará el sistema satelital propuesto por el operador de la red se encuentre coordinado para Colombia de conformidad con los tratados internacionales que hagan parte de la legislación interna del país, y que no cause interferencias”.

El cargo frente a este artículo se fundamenta en que el uso de sistemas satelitales es propio de los servicios básicos y no de los de valor agregado.

Como se vio en el análisis del cargo anterior, los servicios de valor agregado pueden tener red de telecomunicaciones para satisfacer necesidades específicas del público. Siendo esto así, y considerada la red de telecomunicaciones del Estado conforme lo regla el artículo 14 del Decreto Ley 1900 de 1990 como “el conjunto de elementos que permite conexiones entre dos o más puntos definidos para establecer la telecomunicación entre ellos, y a través de la cual se prestan los servicios al público”, debe entenderse que los sistemas satelitales, como sus rampas ascendentes y descendentes, por ser elementos de la red de telecomunicaciones pueden usarse en redes de valor agregado.

Bajo estas consideraciones no se establece la violación de las normas a que alude el actor.

SEXTO CARGO:

Prevé el numeral 3o. del artículo 13 del Decreto acusado:

“Servicios de cubrimiento nacional son aquellos que se prestan dentro del territorio nacional, permitiendo la comunicación entre usuarios ubicados dentro del territorio nacional y pertenecientes a departamentos distintos y comprendiendo las comunicaciones que se efectúan dentro de las demás entidades territoriales. Su concesión será otorgada por el Ministerio de Comunicaciones, según las reglas contenidas en el presente Decreto, pudiendo coincidir con las autorizaciones que el mismo Ministerio deba expedir para el establecimiento de nuevos servicios o de nuevas redes”.

No le asiste razón al actor en la censura que plantea en relación con que el reglamento convierte todos los servicios de valor agregado como de competencia del Ministerio de Comunicaciones, dado que los numerales 1o. y 2o. del Decreto 1794 de 1991, es decir, los anteriores al acusado, señalan los servicios de valor agregado y telemáticos que son de cubrimiento local y departamental, respecto de los cuales la competencia para su concesión la radican dichos numerales en los respectivos Alcaldes Municipales o Distritales y Gobernadores, como acertadamente lo manifiesta la señora apoderada de la entidad demandada.

De otra parte, la afirmación que se hace en la demanda, de que el Ministerio de Comunicaciones sólo puede conceder servicios básicos de telecomunicaciones y no de valor agregado por estar reservados los últimos a las entidades territoriales, no resulta válida ya que los artículos 34 y 35 del Decreto Ley 1900 de 1991 hablan genéricamente de servicios de telecomunicaciones, que comprenden, como se ha venido diciendo, tanto los básicos como los de valor agregado; y, por lo demás, ambas clases de servicios pueden ser prestados por la nación, los departamentos o los municipios, según el ámbito de cubrimiento, en gestión directa o indirecta.

El análisis anterior descarta la violación de las normas constitucionales invocadas por el actor en este cargo, pues no se ha atentado por el reglamento contra la autonomía de las entidades territoriales.

SECCION PRIMERA

SEPTIMO CARGO:

Estatuye el párrafo del artículo 17 acusado:

“La experiencia de que trata el numeral cuarto de este artículo podrá ser la propia del solicitante, la de un socio que conforma la sociedad que presenta la solicitud, siempre y cuando dicho socio tenga mayoría accionaría en la sociedad, o la que el solicitante o sus socios mayoritarios tengan en otra empresa prestataria de servicios, nacional o extranjera, siempre y cuando demuestre tener poder decisorio en dicha empresa”.

Como lo advirtió la Sala en el auto de 4 de diciembre de 1992, al denegar la suspensión provisional de este párrafo, el hecho de que para ser favorecido con la concesión de servicios de valor agregado y telemáticos se pueda acreditar como experiencia “la que el solicitante o sus socios mayoritarios tengan en otra empresa prestataria de servicios, nacional o extranjera”, no se opone a que se trate de persona natural o jurídica colombiana y pueda así ser beneficiaria de la exclusividad que en materia de concesión postula el artículo 5o. de la Ley 72 de 1989 en lo tocante al servicio de telecomunicaciones.

No prospera, por consiguiente, el cargo.

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

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Devuélvase la suma depositada por el actor por concepto de gastos ordinarios del proceso, o su remanente.

Tiénese a la ciudadana TALIA CONSTANTIN CASAS, como parte, impugnante en este proceso.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

EXP. - 2216

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

SUPERINTENDECIA DE SUBSIDIO FAMILIAR

- Reestructuración

La estructura orgánica de una entidad, esta vendría a ser el andamiaje o los órganos sobre los cuales descansa la entidad, es decir, las partes que la componen. Reestructurar es hacer cambios o modificaciones en la estructura o en la base de algo. Cuando se modifica la estructura de una entidad, esto es, se produce una reestructuración, ello ínsitamente conlleva la creación o supresión de cargos o empleos y la modificación, creación o adición de funciones en los distintos niveles o dependencias que hacen parte de ella, e incluso variar la denominación de la misma y reasignar funciones. Siendo la Superintendencia del Subsidio Familiar una entidad de la Rama Ejecutiva adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, podía ser objeto por parte del Gobierno Nacional de dicha facultad de reestructurar. Tal facultad está supeditada a la necesidad de poner en consonancia la entidad con los mandatos de la reforma constitucional y en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

SUPERINTENDECIA DE SUBSIDIO FAMILIAR - Funciones /

SUBSIDIO FAMILIAR

No hay razón para que el Superintendente no pueda revisar los estados financieros de las entidades sometidas a su vigilancia, ya que no se trata de desconocer la validez de los estados contables rubricados por contador público, sino que no existe nada más conducente que revele la situación económica de una entidad que sus estados financieros. Para proteger el manejo, aprovechamiento o inversión de los dineros recaudados con destino al pago del subsidio familiar, bien puede la entidad encargada por el Presidente de la República

de la vigilancia y control, definir planes y programas de desarrollo y monto de inversiones, para evitar que se desvíen los fondos. La facultad de inspección y vigilancia lleva aparejada la facultad de hacer observaciones cuando se adviertan irregularidades. A través del Decreto 2150 de 1992, podía el Gobierno Nacional establecer las medidas cautelares en ejercicio de la facultad de inspección, vigilancia y control sobre las entidades que tienen a su cargo el subsidio familiar, que son indispensables dentro de las funciones que corresponden al Superintendente en la entidad objeto de la reestructuración, la cual persigue como objetivo inmediato propender porque tales instituciones cumplan a cabalidad los fines propuestos en la nueva Carta Constitucional, bajo los principios específicos de eficacia, universalidad y solidaridad que menciona el artículo 48, y los que en general informan a la función administrativa.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá D.C., trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2249.

Acción: Nulidad contra los numerales 4o., 7o., 8o., 21 y 23 del artículo 7o. del Decreto 2150 de 1.992, expedido por el Gobierno Nacional.

Actor: CARLOS MANUEL ANGARITA SALGADO.

El ciudadano CARLOS MANUEL ANGARITA SALGADO, obrando en su propio nombre, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad de los numerales 4o., 7o., 8o., 21 y 23 del artículo 7o. del Decreto 2150 de 30 de Diciembre de 1.992, "Por el cual se reestructura la Superintendencia del Subsidio Familiar", expedido por el Gobierno Nacional.

I. DISPOSICIONES VIOLADAS:

Señala el actor como vulnerados con los actos acusados, los artículos Transitorio 20, 338 y 34 de la Constitución Política.

SECCION PRIMERA

Hace consistir el concepto de la violación así:

1. El numeral 4o. del artículo 7o. faculta al Superintendente del subsidio Familiar para interpretar la ley con fuerza de autoridad, lo cual sólo es permitido a las Ramas Jurisdiccional y Legislativa.

Además, el Ejecutivo no tenía la posibilidad de autofacultarse para interpretar la ley mucho menos con base en el artículo transitorio 20 que sólo le permitía suprimir, fusionar o reestructurar las entidades del sector público y no crear nuevas facultades para el Ejecutivo ni nuevas obligaciones para los particulares, ni modificar la naturaleza y monto de las sanciones aplicables a los mismos.

2. El numeral 7o. del artículo 7o. revive la atribución contenida en el literal d) del artículo 6o. de la Ley 25 de 1981, declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 27 de mayo de 1982, además que la facultad allí contenida contradice lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 43 de 1990 que establece la presunción de validez de los estados financieros rubricados por Contador Público con matrícula.

3. El numeral 8o. del artículo 7o. al dar al Superintendente la atribución de definir para cada entidad vigilada "planes de desarrollo y necesidades básicas insatisfechas", está coadministrando e irrespetando la autonomía de tales entidades, pues la naturaleza de la Superintendencia, es de simple vigilancia y control. Además, deja sin funciones a los Consejos Directivos integrados democráticamente por patrones y trabajadores que tenían a su cargo la función primordial de trazar planes de desarrollo de las Cajas de Compensación, de acuerdo con la Ley 21 de 1982.

4. El numeral 21 del artículo 7o. infringe los artículos Transitorio 20, 34 y 338 de la Constitución Política por cuanto el Presidente de la República no tenía facultad para elevar las sanciones pecuniarias ni para crear nuevas causales, pues en un estado de derecho las simples "Instrucciones" de un funcionario público administrativo no puede ser de obligatorio cumplimiento, ya que la determinación de las conductas que constituyen delito o contravención debe darse por el legislador.

El ejecutivo carece de facultad para imponer contribuciones fiscales y parafiscales, y en la práctica para un trabajador de una Caja de Compensación Familiar una multa de ocho millones de pesos es una confiscación.

5. El numeral 23 del artículo 7o., quebranta el artículo transitorio 20 al crear medidas cautelares para las Cajas de Compensación que no existen en las leyes vigentes o tienen otra naturaleza.

II.- ACTUACION:

Mediante proveído de 28 de Enero de 1.993 se admitió la demanda y se denegó el decreto de suspensión provisional por cuanto, entre otras razones se consideró que dada la naturaleza del acto acusado- que tiene la misma fuerza que la ley y por lo tanto se encuentra dentro del mismo nivel en la escala normativa, la aparente contradicción de algunas disposiciones contenidas en una y otra no puede servir de fundamento para impetrar la nulidad, previa suspensión provisional, además que definir hasta dónde iban las facultades del artículo transitorio 20 requería de un estudio de fondo propio de la sentencia.

En cumplimiento de lo ordenado en el auto admisorio, se notificó personalmente a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Trabajo y Seguridad Social y al Director del Departamento Administrativo del Servicio Civil, hoy de la Función Pública.

El Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, a través de apoderado contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo al efecto, en síntesis, lo siguiente:

1. Las facultades de artículo transitorio 20 deben entenderse conferidas para adaptar las entidades allí mencionadas a los nuevos principios y mandatos constitucionales, y las normas que lo desarrollan, equivalentes a las ordinarias, no tienen la misma orientación, la misma técnica y las mismas limitaciones que se han solido utilizar para juzgar la constitucionalidad de las leyes de facultades conferidas al Ejecutivo y los Decretos que las realizan.

Debe el Gobierno en ejercicio de dichas facultades ajustar las entidades de que se trata dentro de los principios que guían la función administrativa tales como igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, lo cual ha de buscar permanentemente mediante la descentralización y la desconcentración de funciones.

2. El Decreto acusado en el numeral 4o. del artículo 7o. no hizo cosa distinta de reproducir en esencia la disposición contenida en el texto del artículo 6o. literal b) de la Ley 25 de 1.981, por lo cual no se establece la extralimitación que se le endilga, además que del contenido de tal disposición no parece exacto el postulado de la acusación en el sentido de que se esté confiriendo facultad de interpretar la ley, ni que se estén modificando la estructura o las funciones

SECCION PRIMERA

de las Cajas de Compensación Familiar, sino que éstas por tener a su cargo el manejo, inversión y control de ingentes sumas de dinero destinadas al bienestar de la clase trabajadora, requieren de una adecuada vigilancia.

3. Respecto del numeral 7o. del artículo 7o. que según el actor revive el literal d.) del artículo 6o. de la Ley 25 de 1.981, declarado inexecutable, lo estudiado por la Corte Suprema de Justicia en estricto sentido fue la primera parte que facultaba al Superintendente para estatuir normas y procedimientos uniformes para las entidades bajo su vigilancia, más no la segunda parte de dicha disposición legal, por lo cual es factible incluirla en la nueva ley.

4. El numeral 8o. del artículo 7o. es de idéntico contenido al del artículo 6o. literal e) de la Ley 25 de 1.981, por lo que el texto expedido al amparo del artículo transitorio 20 no ha hecho sino reiterarlo y tal función no implica injerencia en la autonomía relativa que tienen las Cajas de Compensación Familiar.

5. El numeral 21 del artículo 7o. no trata de contribuciones fiscales o parafiscales y por esta razón la acusación es improcedente.

Con la facultad de imponer sanciones hasta el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales el Gobierno ha pretendido reiterar la norma establecida desde 1981, actualizándola en su expresión nominal en atención a las cuantiosas sumas que administran los funcionarios de las Cajas de Compensación Familiar.

Por otra parte, los elementos clásicos de la confiscación no se configuran en este caso.

6. El numeral 22 del artículo 7o. no es una norma legal nueva, suponiendo que en el marco del artículo transitorio 20 el Gobierno no hubiera podido introducir tales preceptos-, pues el artículo 15 de la Ley 25 de 1981 había consagrado la posibilidad de la suspensión o cancelación de la personería Jurídica de la respectiva entidad o la intervención administrativa de la misma.

La apoderada del Departamento Administrativo del Servicio Civil, hoy de la Función Pública, al contestar la demanda considera que las pretensiones del actor carecen de fundamento por las siguientes razones:

1. El Decreto 2150 de 1992 tiene fuerza de ley y bajo este criterio los artículos demandados perfectamente podían modificar, adicionar o derogar una ley.

2. La facultad de reestructurar implica modificar todo lo relacionado con la estructura de la entidad, no solo en sus dependencias sino también en sus funciones y establecer los instrumentos necesarios para cumplir el objetivo final que en este caso lo es la vigilancia y control de las entidades encargadas de recaudar los aportes y pagar las asignaciones de subsidio familiar.

3. Con el fin de poner en consonancia la estructura de la Superintendencia de Subsidio Familiar con los mandatos de la reforma constitucional, se contempló un valor elevado de las multas dado que por irrisorio del mismo en la práctica las entidades vigiladas preferían ser objeto de ellas.

4. Es indudable que para cumplir con los mandatos de los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, el Estado solidario en la prestación de la seguridad social, en caso de que las entidades privadas incurran en anomalías, pueda entrar a coadministrar con ellas la prestación del servicio.

5. Con el numeral 21 del artículo 7o. se personaliza la sanción en cabeza de cada funcionario responsable de irregularidades, para alcanzar mayor eficiencia y moralidad en la prestación del servicio a cargo de las Cajas de Compensación Familiar.

6. En virtud del numeral 7o. del artículo 7o., con base en la información de los estados financieros, el Superintendente podrá darse cuenta de la forma como se están invirtiendo los dineros y manejando los bienes por parte de la respectiva entidad, ante lo cual podrá efectuar las observaciones del caso.

III.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

La Procuradora Primera Delegada ante lo Contencioso de esta Corporación considera que es viable declarar la nulidad de los actos acusados, por cuanto frente a los parámetros dados en la norma transitoria el Gobierno debió limitarse a modificar o adecuar la estructura orgánica de la Superintendencia del Subsidio Familiar, así como a la redistribución de competencias en sus diversas dependencias, para posibilitar el cumplimiento de su fin prístino, y no estaba autorizado para dar más atribuciones al Superintendente ni para incursionar en otras entidades como las Cajas de Compensación Familiar, ni elevar el monto de la sanción pecuniaria.

Además, para los planes de desarrollo de que trata el numeral 8o. del artículo 7o. están las normas legales como las contenidas en la Ley 21 de 1982, en cuyo artículo 62 se establecen las prioridades en las obras y programas sociales que emprenden las Cajas de Compensación.

SECCION PRIMERA

IV.- LA DECISION:

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes.

CONSIDERACIONES:

Como se advirtió al estudiar la solicitud de suspensión provisional, es en el momento de dictar sentencia en el que ha de definirse hasta dónde iban las facultades conferidas al Gobierno Nacional en el artículo transitorio 20 de la Carta Política.

Para adentrarnos en el tema que nos ocupa, necesariamente hay que acudir al alcance de la expresión estructura. Al respecto, en un lenguaje común, entiéndase por esta como el soporte sobre el cual descansa algo.

Acudiendo, a la definición que trae el Diccionario de la Lengua Española, esta es “la distribución de las partes del cuerpo o de otra cosa”, y estructurar es “distribuir, ordenar las partes de una obra de un cuerpo”.

Trasladándonos al campo de la estructura orgánica de una entidad, esta vendría a ser el andamiaje o los órganos sobre los cuales descansa la entidad, es decir, las partes que la componen.

De esta manera resulta pues fácilmente comprensible afirmar que reestructurar es hacer cambios o modificaciones en la estructura o en la base de algo.

Así se observa que en el artículo 4o. del Decreto 2150 de 1.992, al preverse la existencia de otros órganos además de los que conformaban la Superintendencia del Subsidio Familiar creada por la ley 25 de 1.981, a quienes obviamente se les asignaron sus respectivas funciones, operó una reestructuración.

De igual manera y como se ha manifestado en diversos pronunciamientos, cuando se modifica la estructura de una entidad, esto es, se produce una reestructuración, ello ínsitamente conlleva la creación o supresión de cargos o empleos y la modificación, creación o adición de funciones en los distintos niveles o dependencias que hacen parte de ella, e incluso variar la denominación de la misma y reasignar funciones.

Siendo la Superintendencia del Subsidio Familiar una entidad de la Rama Ejecutiva adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, podía ser objeto por parte del Gobierno Nacional de dicha facultad de reestructurar.

Ahora bien, tal facultad está supeditada a la necesidad de poner en consonancia la entidad con los mandatos de la reforma constitucional y en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

El subsidio familiar, razón de ser de la existencia de la Superintendencia, como lo sostiene el Tratadista Guillermo Cabanellas, reviste carácter asistencial propio de la seguridad social y su base y finalidad se hallan en la protección y aumento de la familia.

La Constitución Política en su artículo 48 le da especial protección a la seguridad social, haciendo hincapié en que ésta, como servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, debe sujetarse a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y que los recursos de las Instituciones de la seguridad social no podrán destinarse ni utilizarse para fines diferentes a ella.

Lo anterior solo es posible entre otras cosas, en la medida en que las entidades encargadas de velar porque el Estado cumpla con los cometidos previstos en la Constitución, ejerzan las funciones adecuadas y para ello cuenten con los mecanismos necesarios para el efecto.

La controversia se centra en torno de las funciones asignadas al Superintendente del Subsidio Familiar en los numerales 4o., 7o., 8o., 21 y 23 del artículo 7o. del Decreto 2150 de 1992.

Señala el numeral 4o.:

“Instruir a las entidades vigiladas sobre la forma como deben cumplir las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación”.

Observa la Sala que, el cargo que le endilga el actor a esta disposición, ciertamente no guarda relación con el contenido de la misma, pues dar instrucciones a las entidades vigiladas acerca de como deben cumplir las disposiciones que regulan su actividad, fijar criterios y señalar procedimientos no conduce a interpretar la ley ni a modificar la estructura o funciones de las Cajas de Compensación Familiar, ni la naturaleza y monto de las sanciones aplicables a los particulares.

SECCION PRIMERA

De otra parte, no puede perderse de vista que las Cajas de Compensación Familiar por cumplir funciones de seguridad social, servicio público de especial protección en la Carta Política, se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado, lo que supone, como mínimo, que éste a través de la entidad encargada de la Inspección y vigilancia pueda dar instrucciones, fijar criterios y señalar procedimientos, todo ello en cumplimiento de las cargas que la Constitución le impone al Estado.

Estatuye el numeral 7o.:

“Solicitar a las entidades vigiladas los estados financieros, para que el Superintendente formule sus observaciones, las cuales serán de obligatoria consideración por parte de la entidad vigilada”.

Respecto de esta norma sostiene el actor que está reviviendo la atribución contenida en el literal d) del artículo 6o. de la Ley 25 de 1981, declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, y, que, además contradice el artículo 10 de la Ley 43 de 1990, que establece la presunción de validez de los estados financieros rubricados por Contador Público.

Cabe anotar que en relación con este cargo son valederas las consideraciones de los apoderados del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y del Departamento Administrativo de la Función Pública. En efecto, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia de 27 de mayo de 1982 de la Corte Suprema de Justicia, se infiere que la declaratoria de inexecutable, que no obstante abarcó la totalidad de la norma, se dirigió propiamente contra la primera parte que prescribe: “Estatuir normas y procedimientos uniformes para la elaboración, registro y control de los presupuestos y de la contabilidad de las entidades”. Y es que en realidad de verdad no hay razón para que el Superintendente no pueda revisar los estados financieros de las entidades sometidas a su vigilancia, ya que no se trata de desconocer la validez de los estados contables rubricados por contador público, sino que no existe nada más conducente que revele la situación económica de una entidad que sus estados financieros. De tal manera que es allí donde puede advertirse si el manejo de los dineros que se recaudan está siendo utilizado adecuadamente o no, que es precisamente en lo que hizo más énfasis el constituyente en aras de garantizar un eficiente servicio público de seguridad social.

Preceptúa el numeral 8o.:

“Definir para cada entidad vigilada, atendiendo lo prescrito por la ley, planes de desarrollo, necesidades básicas insatisfechas, límite máximo

del monto anual de las inversiones, gastos administrativos y la formación de las reservas, con el fin de procurar el máximo beneficio para la familia y personas a cargo de los trabajadores con derecho a la prestación social del subsidio familiar”.

El cargo que se imputa a la norma transcrita no tiene vocación de prosperidad ya que con esta disposición no se quebranta la autonomía de las entidades vigiladas, pues como lo manifestó esta Corporación en providencia de 5 de marzo de 1993, expediente No. 2268, la propia Constitución Política en el artículo 189 numera 24, dentro de las funciones del Presidente de la República, señala la de “ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o Inversión de recursos captados al público...”, lo que significa que para proteger el manejo, aprovechamiento o inversión de los dineros recaudados con destino al pago del subsidio familiar, bien puede la entidad encargada por el Presidente de la República de la vigilancia y control, definir planes y programas de desarrollo y monto de inversiones, para evitar que se desvíen los fondos y, finalmente, a los beneficiarios del subsidio no se les satisfagan sus necesidades ni se les alivien las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo de la sociedad, que constituye el objetivo primordial de esta prestación social.

Reza el numeral 21:

“Imponer, por medio de resoluciones motivadas, sanciones pecuniarias hasta por cien (100) salarios mínimos legales mensuales a los representantes legales, los miembros de los consejos directivos, los revisores fiscales y los funcionarios de las entidades sometidas a su vigilancia, por infracción a las leyes y los estatutos, o por inobservancia a las instrucciones impartidas por la Superintendencia”.

La facultad de reestructurar de que trata el artículo transitorio 20, como se dijo ab initio de estas consideraciones, permite que al modificar la estructura de los órganos que componen la entidad, no solo se puedan crear otros dentro de la misma, lo que conduce a la creación de cargos o empleos, sino suprimir algunos y en todo caso ajustar las funciones que compete desarrollar a cada uno de ellos.

De tal suerte que teniéndose la facultad para imponer sanciones, entre ellas las pecuniarias, que es uno de los aspectos que caracterizan la facultad de inspección y vigilancia, pues no puede concebirse un ente de control sin facultades para sancionar, el elevar el monto de las mismas que muy

SECCION PRIMERA

seguramente hará que las entidades vigiladas y sus funcionarios sean cautelosos en el manejo e inversión de los dineros que recaudan-, no constituye per se quebranto de las normas aludidas, además que la tendencia del legislador colombiano en materia de imposición de sanciones ha sido la de dar un margen de discrecionalidad en su graduación, de acuerdo con la gravedad de la falta y los antecedentes del infractor.

De otra parte, la facultad de inspección y vigilancia lleva aparejada la facultad de hacer observaciones cuando se adviertan irregularidades, las cuales en un momento dado constituyen, una medida preventiva que puede evitar sanciones más drásticas como la suspensión o la cancelación de la personería jurídica o la intervención administrativa, y por lo mismo es lógico que el carácter de dichas observaciones sea obligatorio, pues de no ser así no se justificaría la existencia de un ente que ha sido creado para velar porque las entidades encargadas del subsidio familiar cumplan la constitución, la ley y los estatutos; pero que ante las irregularidades observadas solo pueda limitarse a aconsejar o sugerir, más no a tomar los correctivos del caso.

Por lo demás y en lo que atañe a la violación del artículo 34 de la Carta Política, del contenido del acto acusado no se extraen los elementos que configuran la confiscación, como quiera que en la norma en cita no aparece que los bienes de los funcionarios como consecuencia de las faltas cometidas, pasen como pena a manos del Estado.

El numeral 23 del artículo 7o. es del siguiente tenor:

“Adoptar las siguientes medidas cautelares:

- a. Intervención administrativa total de la entidad vigilada.
- b. Intervención administrativa parcial, por servicios o por áreas geográficas o de operación;
- c. Imposición de multas sucesivas hasta por cien (100) salarios mínimos legales mensuales hasta que cese la actuación ilegal o no autorizada;
- d. Vigilancia especial con el fin de superar, en el menor tiempo posible, la situación que ha dado origen a la medida”.

Las consideraciones anteriores sirven de fundamento al cargo planteado frente al numeral 23 en estudio, y además reitera la Sala que los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional en desarrollo de la facultad conferida en el artículo transitorio 20, tienen la misma fuerza o entidad normativa que la

ley, por cuanto la materia que regulan está atribuida ordinariamente al Congreso; sólo que el Gobierno Nacional hizo las veces de legislador transitorio ante la revocatoria del mandato de aquél.

Dada esta precisión, a través del Decreto 2150 de 1992, podía el Gobierno Nacional establecer las medidas cautelares en ejercicio de la facultad de inspección, vigilancia y control sobre las entidades que tienen a su cargo el subsidio familiar, que son indispensables dentro de las funciones que corresponden al Superintendente en la entidad objeto de la reestructuración, la cual persigue como objetivo inmediato propender porque tales instituciones cumplan a cabalidad los fines propuestos en la nueva Carta Constitucional, bajo los principios específicos de eficacia, universalidad y solidaridad que menciona el artículo 48, y los que en general informan a la función administrativa.

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) DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

2o) DEVUELVA al actor la suma de dinero depositada para gastos ordinarios del proceso que no fue utilizada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha trece de mayo de mil novecientos noventa y tres.

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

ACLARACION DE VOTO

Referencia: Expediente No. 2249. Acción: Nulidad. Actor: CARLOS MANUEL ANGARITA SALGADO.

Aun cuando comparto la decisión adoptada en el proceso de la referencia, y su motivación en general, sin embargo estoy en desacuerdo con la frase consignada en la página 19 de la parte motiva, que dice: "... sólo que el Gobierno Nacional hizo las veces de legislador transitorio ante la revocatoria del mandato de aquél (se refiere al Congreso) ...".

Considero que con carácter transitorio la Asamblea Nacional Constituyente le confirió al Gobierno Nacional facultades para reglamentar o desarrollar preceptos constitucionales, concretamente en el artículo transitorio 20, para suprimir, fusionar o reestructurar las entidades de la Rama Ejecutiva, los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales y las Sociedades de Economía Mixta del orden nacional, a fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la nueva Constitución Política y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

Esa sujeción del Gobierno en su poder de reglamentación solamente a la Constitución, demuestra, a mi juicio, que los Decretos que dimanen del artículo transitorio 20, tienen la categoría de Reglamentos o Decretos Constitucionales, los cuales, según lo ha consignado la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Suprema de Justicia, se expiden con prescindencia e independencia de la ley, deben respetar únicamente los textos constitucionales, y, por esta última razón, tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley.

Ahora, respecto de los Decretos que el Gobierno expide como legislador transitorio, el Constituyente, los califica expresamente como Decretos con fuerza de ley o Decretos Legislativos, y son aquellos que dicta: en virtud de las

facultades extraordinarias que le confiere el Congreso a través de una ley (artículo 150 ordinal 10o. C.N.) ; en la circunstancia prevista en el artículo 341 *ibidem*; en los estados de excepción por guerra exterior y conmoción interior; y en caso de la declaratoria del estado de emergencia económica y social (artículos 212, 213 y 215 *ibidem*); y, por último, los expedidos con fundamento en las facultades que le confirió la Asamblea Nacional Constituyente, ante la revocatoria del mandato del Congreso, en los artículos transitorios 5o. y 10o. A todos estos Decretos el control de constitucionalidad se le ha adscrito a la Corte Constitucional, que es la competente para ejercerlo sobre las leyes (artículos 241, numerales 5o. y 7o., y transitorio 10o.).

Esa categoría jurídica de Reglamento o Decreto Constitucional es la que permite considerarlos como actos administrativos desde el punto de vista formal y justifica que el control de constitucionalidad sobre los mismos se ejercite por esta Corporación, en virtud de la competencia residual que le atribuye el artículo 237 ordinal 2o. *ibidem*.

Fecha *ut supra*.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Consejero

ACTO PARTICULAR / REVOCACION DEL ACTO

La Administración Municipal , acudiendo a argumentos de simple justicia y equidad pero carentes de todo sustento jurídico, procedió, mediante la extraña figura de la “suspensión del cumplimiento”, a dejar sin efectos legales la Resolución , suspensión ésta que, también a juicio de sala, conlleva las mismas consecuencias de una revocatoria directa. En casos como el que se analiza, en los cuales frente a un acto administrativo de carácter particular y concreto la Administración decide suspender su cumplimiento, ello debe entenderse como una revocatoria directa de los efectos legales que estaba llamado a producir, y que implica, necesariamente, similar decisión respecto del acto mismo, que de conformidad con el artículo 73 del C.C.A. requiere el consentimiento escrito y expreso del titular de la situación jurídica por él creada o modificada. El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos son las únicas autoridades públicas del país que frente a actos de carácter subjetivo creadores de situaciones jurídicas particulares, tienen atribuida competencia para decretar la suspensión provisional de sus efectos sin que medie el consentimiento expreso y escrito del titular, salvo las excepciones contempladas en el citado artículo 73 del C.C.A.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2261 Actor: COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL SERVICIO URBANO DEL TOLIMA LTDA. -COTRAUTOL-

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, de fecha 19 de noviembre de 1992.

I.- ANTECEDENTES:

a.- La parte actora, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

La Cooperativa de Transportadores del Servicio Urbano del Tolima Ltda. -COTRAUTOL-, a través de apoderado, diciendo ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó el 29 de noviembre de 1991, ante el Tribunal Administrativo del Tolima, demanda de nulidad de la Resolución 1922 de 13 de noviembre de 1991, expedida por el Alcalde Mayor de Ibagué, la que corrigiera oportunamente con escrito presentado el 16 de diciembre del mismo año, pero sin que en ninguno de los dos libelos solicitara restablecimiento del derecho alguno en particular o expresara en qué se traducía dicho derecho (folios 7 a 10 y 12 del Cdno. No. 1).

b.- El acto acusado:

Obra a folios 5 del Cdno. No. 1, y por él se ordena “la suspensión del cumplimiento de la resolución No.418 del 6 de noviembre ...” que ordena la modificación de la ruta No.34 servida por “COTRAUTOL”.

c.- Los hechos de la demanda:

Los hechos que la actora cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fl. 7 del Cdno. No. 1):

1. Con la resolución 418 de 6 de noviembre de 1991 se creó por la Alcaldía Mayor de Ibagué, una situación jurídica individual y concreta en favor de COTRAUTOL.

2. Por resolución número 1922 de 13 de noviembre de 1991, se suspendió la ruta que se había concedido en favor de COTRAUTOL, sin que su representante legal hubiese dado el consentimiento para tal efecto.

SECCION PRIMERA

3. Está absolutamente prohibida la revocatoria, suspensión o modificación de una decisión como la tomada por resolución 418 de 6 de noviembre de 1991, sin que el consentimiento expreso y escrito del titular, que lo es COTRAUTOL.

d.- La norma presuntamente violada y el concepto de violación

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violó el artículo 73 del C.C.A., porque siendo tan clara su preceptiva y no existiendo duda respecto de su aplicación, cabe sólo anotar que la Administración Municipal mediante la Resolución 418 de 6 de noviembre de 1991, por medio de la cual se ordena la modificación de una ruta, al haber otorgado la concesión de una ruta para el transporte colectivo público urbano, creó para el concesionario un derecho para que este prestara dicho servicio, y encontrándose aquél, o sea COTRAUTOL, prestándolo, no podía la Administración suspender, revocar o modificar el derecho otorgado, so pena de violar la mencionada disposición legal (fl. 8 del Cdno. No. 1).

e.- Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 25 a 27 del Cdno. No. 1):

De acuerdo con las razones expuestas en los considerandos de la Resolución impugnada, la Administración Municipal se acogió al trámite previsto en el Decreto 1787 de 1990. Y como se consideró necesario e indispensable ampliar el estudio técnico con el fin de mejorar el servicio de transporte, y dicha ampliación dió como resultado que con la medida tomada con la Resolución 418 de 1991 se ocasionaba agravio injustificado a otras empresas existentes que prestan el servicio de transporte urbano por la ruta 34, y a la comunidad misma, se tomó la determinación de suspender el cumplimiento de este acto administrativo.

f.- La actuación surtida

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 4 de febrero de 1992, se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional solicitada (fls. 14, 15 y 16 del Cdno. No. 1).

Mediante proveído de 31 de marzo de 1992 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las pedidas por las partes, con excepción de la Inspección judicial solicitada por la parte actora, que fue sustituida por un dictamen pericial (fls. 28 y 29 del Cdno. No. 1).

Mediante auto de 30 de julio de 1992 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión (fl. 67 del Cdno. No. 1), derecho del cual hizo uso sólo la parte actora (fl. 68 *ibidem*).

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la empresa demandante, con fundamento en las siguientes consideraciones, (fl. 69 a 74 del Cdno. No. 2):

“Para resolver este asunto se debe precisar que el acto administrativo demandado “Resolución número 1922 del 13 de noviembre de 1991”, expedida por el señor alcalde de Ibagué no contiene decisión de revocación sino de suspensión, como se desprende de la simple lectura del mismo. No se ha dejado sin efecto o anulado la resolución número 418 del mismo mes y año en cita, pues lo que hizo la administración pública fue suspender o aplazar su cumplimiento, es decir, sin desaparecer de la vida jurídica o extinguirse la modificación de la ruta número 34 servida por la Empresa demandante Cotrautol”.

“Los verbos revocar y suspender no son sinónimos, el primero es dejar sin efecto una declaración de voluntad o un acto jurídico, y el segundo aplazar ésta o éste, que puede conllevar a la nulidad de la decisión administrativa cuando la administración procede fuera de la ley y en muchos eventos puede causar perjuicios”.

“En el caso *sub-exámine* la actora no podía ampararse en la figura de la prohibición que tiene la administración pública de revocar actos de carácter particular y concreto sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular de la situación jurídica en tal sentido, porque el acto administrativo demandado no contiene decisión de revocación o de nulidad sino de suspensión o aplazamiento del cumplimiento del mismo como ya se dijo”.

SECCION PRIMERA

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

En la sustentación del recurso de apelación, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las siguientes razones (fls. 76 del Cdno. No. 1):

Si bien es un hecho cierto que etimológicamente las palabras revocar y suspender no son sinónimos, los efectos que ella causa dentro de la resolución, son exactamente los mismos, puesto que el ejercicio del derecho consagrado en la resolución 418 del 6 de noviembre de 1991, no se puede ejercer, máxime cuando la suspensión tiene carácter indefinido, es decir no tiene limite en el tiempo.

La aplicación de la ley es de riguroso cumplimiento por parte de las autoridades y su interpretación no puede hacerse en forma fría y exegética; el juzgador se debe atener no sólo al tenor literal sino a los efectos, consecuencias y motivos para producir sentencias justas, por ello la interpretación del Art. 73 del Código Contencioso Administrativo se debe entender no en su tenor literal sino en su alcance e intención, para no permitir que por medio de artimañas lingüísticas, se viole en forma olímpica la ley.

IV.- LA IMPUGNACION DEL RECURSO

La parte demandada guardó silencio en esta etapa del proceso.

V.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto, la señora Procuradora Delegada ante esta Corporación, considera, en síntesis, lo siguiente:

De los considerandos de la Resolución demandada se desprende que fue dentro del trámite de la modificación de la ruta de transporte de servicio público, -la número 34 servida por Cotrautol-, que se tomó la determinación de suspender la resolución número 418 de 1991, atendiendo a las objeciones de las empresas competidoras y a fin de establecer con plena certeza si se les ocasionaba o no agravio injustificado alguno.

Como la resolución número 418 no estaba en firme, la administración no estaba enfrentada a la situación prevista en el artículo 73 del C.C.A., y bien podía, como lo hizo, suspender los efectos de su decisión en trámite con miras a investigar mejor para garantizar una providencia más ponderada al respecto, ajustándose a las previsiones de los artículos 32 y siguientes del Estatuto Nacional del Transporte (Decreto 1787 de 1990).

Son estas las consideraciones por las cuales ha debido el Tribunal negar la petición de la demanda, más no por las que expone en su fallo.

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término, la Sala procede a referirse a las razones expuestas en su concepto de fondo por la señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación, pues de la debida verificación de las situaciones que en ellas se plantean dependerá el que, sin más análisis, se procede a la confirmación del fallo apelado, aún cuando por diferentes motivos, o, en caso contrario, a estudiar los fundamentos del recurso.

Pues bien, del exámen de los antecedentes administrativos del acto acusado, que obran en el cuaderno No.2, la Sala constata lo siguiente:

1.- La Resolución No.418 de 6 de noviembre de 1991, mediante la cual se ordenó la modificación de la ruta No.34 servida por la sociedad actora y se desechó la oposición presentada por la Cooperativa Tolimense de Transportadores Ltda. "COTOLTRAN", fue notificada personalmente al representante legal de la primera de ellas el 7 de noviembre de 1991, y al representante legal de la sociedad opositora el día 13 de noviembre del mismo año (fls. 28 y 29).

2.- La mencionada Resolución No.418 de 1991 dispuso, en su artículo cuarto que contra ella "... no procede recurso alguno" (fls. 26 y 27).

Las precedentes constataciones, en armonía con lo dispuesto por el ordinal 1o. del artículo 62 del C.C.A. y con el artículo 73 *ibidem*, permiten a la Sala concluir que la Resolución No.418 de 1991 decidió en forma definitiva el asunto al cual se contrae, que creó o modificó una situación jurídica de carácter particular y concreto en cabeza de la sociedad actora y que quedó en firme a partir del momento en que fue notificada a sus destinatarias, pues contra ella no procedía ningún recurso.

Por otra parte, las conclusiones expresadas en el párrafo que antecede no se desvirtúan con el contenido de la norma que en concreto se cita en el concepto del Ministerio Público, es decir, el artículo 39 del Decreto 1787 de 1990, pues lo allí dispuesto sólo es aplicable el trámite de las solicitudes "... para servir áreas de operación, rutas y horarios o frecuencias de despacho, sistemas o subsistemas de transporte o rutas que prestan las empresas...", como lo dispone el artículo 36 *ibidem*, ninguno de cuyos eventos se predica frente al caso sub iudice, ya que la Resolución No.418 de 1991 fue el producto de la solicitud que la sociedad actora formulara para obtener la modificación del servicio de una

SECCION PRIMERA

ruta ya autorizada con anterioridad, y a la cual precedió el correspondiente estudio técnico elaborado por la Administración Municipal de Ibagué (fls. 1 a 6 Cdo. No. 2), estudio al que se le dió el trámite establecido en el artículo 53 del Decreto 1787 de 1990, es decir, a dar traslado del mismo a las empresas de transporte legalmente constituidas que pudiesen resultar afectadas con la decisión. Según la citada norma, luego de surtido el trámite del que se acaba de dar cuenta, "... la autoridad competente decidirá mediante acto administrativo motivado".

Como consecuencia de lo expuesto, la Sala considera que no asiste razón a la señora Agente del Ministerio Público cuando en su concepto sostiene que "... la Resolución 418 de 1991 no estaba en firme y la parte actora no podía por tanto alegar, mientras discurría el trámite, que se había ya creado en su favor o "modificado una situación jurídica de carácter particular o concreto..."", pues las evidencias procesales y legales atrás reseñadas demuestran lo contrario.

Ahora bien, en cuanto al fundamento del recurso de apelación, el cual consiste en que, contrariamente a lo afirmado en la sentencia de primera instancia, los efectos de la decisión de suspender el cumplimiento de un acto administrativo de carácter particular y concreto y la decisión de revocarlo son los mismos, la Sala considera lo siguiente:

Partiendo de la base, como ya se analizó y definió, que la Resolución No. 418 de 1991 quedó en firme a partir de su notificación y, en tal virtud, creó en favor de la sociedad actora una situación jurídica particular y concreta, para la Sala resulta indiscutible que la presunción de legalidad que acompaña a dicho acto administrativo le imprimen sello de obligatoriedad, imperatividad y oponibilidad, y genera la plenitud de sus efectos jurídicos hasta tanto no sean suspendidos provisionalmente, declarada su nulidad por la jurisdicción de lo contencioso administrativo o revocado con el consentimiento escrito y expreso del titular.

Ahora bien, la Resolución enjuiciada, es decir, la No. 1922 de 13 de noviembre de 1991, previas consideraciones acerca de la necesidad de ampliar el estudio técnico para establecer "... si efectivamente con la decisión tomada a través del acto administrativo objeto del presente análisis se ocasiona agravio injustificado a persona alguna, si se hace latente un perjuicio económico u operativo a alguna Empresa de Transportes existente..." ordenó la "suspensión del cumplimiento de la Resolución No.418 de 1991, "...como una medida justa y equitativa" (sic).

La motivación y decisión que acaban de reseñarse significan, a juicio de la Sala, que la Administración Municipal de Ibagué, acudiendo a argumentos de

simple justicia y equidad pero carentes de todo sustento jurídico, procedió, mediante la extraña figura de la "suspensión del cumplimiento", a dejar sin efectos legales la Resolución No.418 de 1991, suspensión ésta que, también a juicio de sala, conlleva las mismas consecuencias de una revocatoria directa.

En efecto, la Sala considera que en casos como el que se analiza, en los cuales frente a un acto administrativo de carácter particular y concreto la Administración decide suspender su cumplimiento, ello debe entenderse como una revocatoria directa de los efectos legales que estaba llamado a producir, y que implica, necesariamente, similar decisión respecto del acto mismo, que de conformidad con el artículo 73 del C.C.A. requiere el consentimiento escrito y expreso del titular de la situación jurídica por él creada o modificada.

De otra parte, la Sala también considera que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 238 de la Constitución Política y 152 del Código Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos son las únicas autoridades públicas del país que frente a actos de carácter subjetivo creadores de situaciones jurídicas particulares, tienen atribuida competencia para decretar la suspensión provisional de sus efectos sin que medie el consentimiento expreso y escrito del titular, salvo las excepciones contempladas en el citado artículo 73 del C.C.A., ninguna de las cuales se presenta en el caso *sub judice* y, por tanto, cualquier medida, por velada que sea, que adopte la Administración para pretender similares efectos, implica una violación indirecta de la ley.

En consecuencia, demostrado como se encuentra que la Administración de Ibagué expidió el acto acusado sin que mediara el consentimiento expreso y escrito del titular de la situación jurídica creada o modificada por la Resolución No. 418 de 1991, ello conlleva su ilegalidad, por violación del artículo 73 del C.C.A., invocado en sustento de la demanda y, por tanto, en la parte resolutive de este fallo se procederá a revocar la sentencia apelada y, en su lugar, a declarar la nulidad de la Resolución No.1922 de 13 de noviembre de 1991, expedida por el Alcalde Mayor de Ibagué.

Por último, dado que en su escrito de demanda la parte actora limita sus pretensiones a la declaratoria de nulidad del acto acusado (fl. 7 Cdo. No. 1), y que en el escrito de adición y corrección de la misma hace simple referencia a unos "perjuicios que estimo en la suma de QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000.00) moneda corriente, diarios" (fl. 12 *ibidem*), con su único fin de determinar la cuantía del proceso, la Sala considera que no hay lugar a ningún pronunciamiento sobre este aspecto, dado que, como se dijo, no fue pedido.

SECCION PRIMERA

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto de la Agente del Ministerio Público y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de ley,

FALLA:

Primero.- REVOCASE la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 19 de noviembre de 1992. En su lugar se dispone:

Segundo.- DECLARASE la nulidad de la Resolución No.1992 de 13 de noviembre de 1991, proferida por el Alcalde Mayor de Ibagué.

Tercero.- En firme esta sentencia, con envío de copia, comuníquese al Alcalde Mayor de Ibagué y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha trece de mayo de mil novecientos noventa y tres.

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

SUPERINTENDECIA DE SUBSIDIO FAMILIAR - Reestructuración

La estructura orgánica de una entidad, esta vendría a ser el andamiaje o los órganos sobre los cuales descansa la entidad, es decir, las partes que la componen. Reestructurar es hacer cambios o modificaciones en la estructura o en la base de algo. Cuando se modifica la estructura de una entidad, esto es, se produce una reestructuración, ello ínsitamente conlleva la creación o supresión de cargos o empleos y la modificación, creación o adición de funciones en los distintos niveles o dependencias que hacen parte de ella, e incluso variar la denominación de la misma y reasignar funciones. Siendo la Superintendencia del Subsidio Familiar una entidad de la Rama Ejecutiva adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, podía ser objeto por parte del Gobierno Nacional de dicha facultad de reestructurar. Tal facultad está supeditada a la necesidad de poner en consonancia la entidad con los mandatos de la reforma constitucional y en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

SUPERINTENDECIA DE SUBSIDIO FAMILIAR - Funciones / SUBSIDIO FAMILIAR

No hay razón para que el Superintendente no pueda revisar los estados financieros de las entidades sometidas a su vigilancia, ya que no se trata de desconocer la validez de los estados contables rubricados por contador público, sino que no existe nada más conducente que revele la situación económica de una entidad que sus estados financieros. Para proteger el manejo, aprovechamiento o inversión de los dineros recaudados con destino al pago del subsidio familiar, bien puede la entidad encargada por el Presidente de la República

SECCION PRIMERA

DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES EXTRAORDINARIAS - TEMPORALIDAD / MINISTERIO DE TRANSPORTE / PLANTA DE PERSONAL

Con fundamento en el art. 20 transitorio de la Carta, el Gobierno no podía, de una parte, ampliar el término improrrogable de 18 meses para ejercer las facultades excepcionales previstas en el mismo concretamente para expedir las normas que adopten las nuevas plantas de personal de Ministerio de Trabajo y de Transporte y de sus entidades adscritas y vinculadas, y, de otra, ponerle límites temporales a unas funciones que, como las que se acaban de precisar, corresponden, la primera de ellas, constitucional y permanentemente al Presidente de la República en virtud del numeral 14 del artículo 189 en la Carta y, las demás, a las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas, con fundamento en los artículos 24 y 40 del Decreto Ley 3130 de 1968 y 74 del Decreto Ley 1042 de 1978.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2344. Actor: GERMAN PLAZAS GONZALEZ Y OTROS.

Los ciudadanos Germán Plazas González, Luis Felipe Barreto García, Alfonso Pinzón Villamil, Juvenal Romero, José del Carmen Parada, Alfonso García Jaimes, Jorge Baca Rincón, Hernando Oviedo Polo, Porfirio Riveros Gutiérrez, José Ezequiel Obando, Roosevelt José Carvajalino Barragán, Manuel Antonio Enciso Toquica, Robinson Antonio Avila Vilorio y Jaime Manuel Jaraba Contreras, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., acuden ante esta Corporación para que mande la declaratoria de nulidad del Decreto 2171 de 30 de diciembre de 1992, "por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte y se suprimen, fusionan y reestructuran entidades de la rama ejecutiva del orden nacional", expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones conferidas por el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política. Subsidiariamente solicitan la declaratoria de nulidad de los artículos 49, 65, 66, 141 y 160 del citado Decreto.

Como quiera que la demanda reúne los requisitos y formalidades que exigen los artículos 137 y 139 del C.C.A., será admitida en la parte resolutive de esta providencia.

I.- SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En acápite especial de la demanda, los actores solicitan la suspensión provisional de los artículos 66, 140, 141 y 160 del decreto acusado, con fundamento en las razones que, en forma resumida, se expresan a continuación (fls. 89 a 94):

1.- El artículo 66, mediante el cual se crea la Subdirección Transitoria como dependencia del Instituto Nacional de Vías, incurre en violación manifiesta del Artículo Transitorio 20 de la Carta Política, pues mientras las facultades que esta norma constitucional otorgó al Gobierno para las finalidades allí previstas lo fueron por el término de 18 meses, el acto acusado amplía dicho término a 3 años para que la Subdirección Transitoria efectúe la liquidación de los Distritos de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, suprimidos por el Decreto.

De otra parte, mediante el citado artículo 66 "... el Gobierno está delegando las facultades del artículo 20 transitorio en la denominada subdirección transitoria".

2.- El artículo 140 del Decreto acusado, que consagra la supresión de empleo o cargo como causal de terminación del vínculo legal y reglamentario de los empleados públicos y de los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales, incurre en violación del artículo 50 de la Constitución Política, pues los trabajadores del Ministerio de Transporte tienen pactada, mediante Convención Colectiva "... una estabilidad según la cual solo es posible despedirlos cuando incurran en una de las justas causas contempladas en el artículo 7o, del Decreto 2351 de 1961.

"El artículo 140 al fijar una nueva causal de terminación de los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales del Ministerio del Transporte está violando no solo la Convención Colectiva sino además los artículos 53 y 55 de la Constitución Nacional y los convenios 87 y 98 de la O. I. T. ratificados por las leyes 26 y 27 de 1976".

3.- El artículo 141 del Decreto acusado, que trata sobre supresión de empleos, "... además de vulnerar las normas citadas en la fundamentación del artículo anterior viola el artículo 115 de la C.N. pues delega en otras autoridades

SECCION PRIMERA

las facultades que le fueron otorgadas concretamente al Gobierno Nacional por medio del artículo transitorio 20" (sic).

4.- El artículo 160 del acto acusado, mediante el cual se regula lo concerniente a la "Adecuación de la Estructura Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y Transporte a la del Ministerio de Transporte", incurre en violación del Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política, toda vez que amplía hasta el 31 de diciembre de 1993 el plazo para "...seguir legislando en uso de unas facultades que se agotaron en enero de 1993...". Igualmente, dicha ampliación del plazo constituye una ostensible violación del artículo 150-7 de la Constitución, "... donde claramente se establece que esas atribuciones le corresponden de manera permanente al Congreso".

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Previamente a avocar el estudio de la solicitud de suspensión provisional, la Sala reitera, una vez más, su competencia para ejercer el control constitucional de los decretos dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones que le confirió el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política, en virtud de la cláusula residual de competencia que al Consejo de Estado le atribuye el numeral 2 del artículo 237 de la misma Carta.

1o.- El artículo 66 del Decreto 1271 de 1992, cuya suspensión provisional se solicita, es del siguiente tenor literal:

"Artículo 66. Subdirección Transitoria.- Créase la Subdirección Transitoria como dependencia del Instituto Nacional de Vías, la cual se encargará de efectuar la liquidación de los Distritos de Obras Públicas y Transporte suprimidos por el presente decreto. Para este efecto, la Subdirección Transitoria contará con un término máximo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente decreto, en los cuales el Gobierno Nacional elaborará y ejecutará un plan de liquidación de los Distritos de Obras Públicas. Dicho plan deberá sujetarse a los siguientes lineamientos:

"1. A partir de la vigencia del presente decreto, el instituto nacional de Vías sólo podrá adquirir los compromisos de ejecución de obra directa por parte de los Distritos de Obras Públicas que sean aprobados por el Ministro de Transporte.

"2. El plan a que se refiere el presente artículo deberá contemplar un procedimiento gradual de liquidación de los Distritos de Obras Públicas que sea ejecutado de manera directamente proporcional al término previsto en el presente decreto para su liquidación.

“3. La liquidación del personal vinculado a los Distritos de Obras Públicas se hará directamente por la Subdirección Transitoria mediante la aplicación de las normas sobre desvinculación de personal e indemnizaciones establecidas en el presente decreto.

“4. La Subdirección Transitoria desarrollará y ejecutará un plan de capacitación a los empleados oficiales de los Distritos de Obras Públicas que sean desvinculados como producto de la reestructuración contemplada en el presente decreto, con el propósito de fomentar la organización de cooperativas u otras formas asociativas entre ellos, destinadas a prestar servicios de conservación, mantenimiento y atención de emergencia de la red vial de la Nación.

“5. La enajenación de los bienes se regirá por las disposiciones vigentes sobre la materia.

“6. Una vez finalizado el proceso de liquidación de los Distritos de Obras Públicas, o vencido el término contemplado para su liquidación, cualquiera que sea el hecho que ocurra primero, la Subdirección Transitoria procederá a su propia liquidación, la cual se efectuará en un término máximo de tres (3) meses. Para este efecto, los funcionarios de la Subdirección Transitoria a la que se refiere este artículo quedarán cobijados por las normas sobre desvinculación de personal e indemnizaciones establecidas en el presente decreto”.

Luego de realizar la debida confrontación de la norma transcrita con el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política, cuya transgresión flagrante se discute, la Sala no encuentra mérito alguno para que, por las razones expuestas en sustento de la medida, proceda su suspensión provisional.

En efecto, la Sala considera que el hecho de que en la norma acusada se establezcan un término de tres (3) años para liquidar los Distritos de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas y Transporte no pugna abiertamente con la referida disposición constitucional, pues suprimidos como fueron dichos Distritos mediante el artículo 49 - del Decreto acusado, cuya suspensión provisional no se solicita, el proceso para llevar a cabo su liquidación demanda, como resulta jurídicamente obvio, un término que es independiente y que no guarda ninguna relación con el de los dieciocho (18) meses dentro de los cuales el Gobierno Nacional debía proceder, como procedió, a suprimir, fusionar o reestructurar, entre otras, las entidades de la rama ejecutiva a que se refiere.

De otra parte, tampoco resulta de recibo para la Sala el argumento de que mediante la norma cuya suspensión provisional se solicita el Gobierno está

SECCION PRIMERA

delegando en la Subdirección Transitoria del Instituto Nacional de Vías las facultades que le atribuyó el Artículo Transitorio 20 de la Carta, pues de los términos de tal disposición constitucional si bien le correspondía al Gobierno la facultad de suprimir, de la cual hizo uso, no puede concluirse categóricamente en este momento procesal que la liquidación de los organismos que se suprimieron corresponda también privativamente al Gobierno Nacional.

2o. - El artículo 140 del Decreto 2171 de 1992 dispone lo siguiente:

“Artículo 140. Terminación de la Vinculación.- La supresión de un empleo o cargo como consecuencia de la supresión, fusión o reestructuración de las entidades a que se refiere este decreto dará lugar a la terminación del vínculo legal y reglamentario de los empleados públicos y a la terminación de los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales.

“Igual efecto se producirá cuando el empleado público o el trabajador oficial, en el momento de la supresión del empleo o cargo, tenga causado el derecho a una pensión de jubilación, legal o convencional, y se les suprima el empleo o cargo como consecuencia de la supresión, fusión o reestructuración de las entidades a que se refiere el presente decreto”.

De la lectura de la disposición cuya suspensión provisional se solicita, la Sala no encuentra que ella incurra en manifiesta infracción del artículo 55. de la Carta, que garantiza el derecho de negociación colectiva pues, en primer término, ella no parece estar limitando el ejercicio de tal derecho, ya que regula otras situaciones, y, en segundo lugar, la preconizada estabilidad laboral de los trabajadores del Ministerio de Transporte, que el actor deriva de la Convención Colectiva de Trabajo, no puede concebirse como un derecho indefinido a conservar un empleo, que impida al Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades que le otorgó el Artículo transitorio 10 *ibidem*, consagrar como causal de terminación del vínculo legal reglamentario y de los contratos de trabajo, la supresión de los empleos cargos, como consecuencia de la reestructuración de las entidades del Estado.

En cuanto a los cargos de violación de los artículos 53 de la Constitución política y “...los convenios 87 y 98 de la O.I.T.”, la Sala se ve impedida de analizarlos, por la sencilla razón de que el peticionario de la medida no expresó el concepto de su transgresión.

3o.- El artículo 141 del Decreto 2171 de 1992 estatuye lo siguiente:

“Artículo 141. Supresión de Empleos.- Dentro del término de los procesos que se lleven a cabo para ejecutar las decisiones de suprimir, fusionar o

reestructurar las entidades a que se refiere este Decreto, las autoridades competentes suprimirán los empleos o cargos vacantes y los desempeñados por empleados públicos y trabajadores oficiales cuando ellos no fueren necesarios en las respectivas plantillas de personal como consecuencia de dichas decisiones”.

En cuanto al cargo de violación del artículo 115 de la Carta por parte de la disposición transcrita, en la medida en que, según el actor, se “... delega en otras autoridades...” las facultades otorgadas al Gobierno por el Artículo Transitorio 20 *ibidem*, la Sala considera que no tiene vocación de prosperar, por cuanto al expresarse en ella que “... las autoridades competentes suprimirán los empleos o cargos ...(...)... cuando ellos no fueren necesarios en las respectivas plantillas de personal...” (subraya la Sala), no puede entenderse, en este momento procesal, como una delegación de tales facultades, sino como una simple referencia a todas aquellas autoridades públicas que según la Constitución y la ley tienen competencia para ello.

De otra parte, y como quiera que el solicitante de la medida se limita a expresar que la disposición bajo estudio “... vulnera las normas citadas en la fundamentación del artículo anterior...” (sic), sin que por parte alguna exprese el concepto de su violación, la Sala se abstiene de analizar este cargo.

4o.- El artículo 160 del Decreto 2171 de 1992, cuya suspensión provisional también se solicita, dispone lo siguiente:

“Artículo 160. Adecuación de la Estructura Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y Transporte a la del Ministerio de Transporte.- La estructura orgánica, el presupuesto y las funciones del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y de sus entidades adscritas y vinculadas que se reestructuran mediante el presente decreto, así como su respectiva planta de personal, continuarán rigiendo hasta la fecha en que se promulguen las normas que adopten las nuevas plantas de personal para el Ministerio de Transporte y sus entidades adscritas y vinculadas, y se produzcan las respectivas incorporaciones. Dichas normas deberán expedirse a más tardar el 31 de diciembre de 1993.

“PARAGRAFO. Para los efectos establecidos en el presente artículo, la Junta Directiva de los establecimientos públicos que se reestructuran en el presente decreto deberá ser integrada con anterioridad al término aquí establecido, para que, con el pleno ejercicio de sus funciones, adopte las medidas necesarias para garantizar la continuidad en la prestación de los servicios a su cargo y, en especial, para que adopte y presente al Gobierno

SECCION PRIMERA

Nacional a través del Ministerio de Transporte los proyectos de presupuesto, estructura interna y planta de personal de la respectiva entidad”.

En cuanto a la solicitud de suspensión provisional de la norma transcrita, por ser manifiestamente violatoria del Artículo Transitorio 20 de la Carta, la Sala considera que, efectivamente, con fundamento en dicha norma constitucional, el Gobierno no podía, de una parte, ampliar el término improrrogable de 18 meses para ejercer las facultades excepcionales previstas en el mismo, concretamente para expedir las normas que adopten las nuevas plantas de personal del Ministerio de Transporte y de sus entidades adscritas y vinculadas, y, de otra, ponerle límites temporales a unas funciones que, como las que se acaban de precisar, corresponden, la primera de ellas, constitucional y permanentemente al Presidente de la República en virtud del numeral 14 del artículo 189 en la Carta y, las demás, a las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas, con fundamento en los artículos 24 y 40 del Decreto Ley 3130 de 1968 y 74 del Decreto Ley 1042 de 1978.

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que resulta procedente decretar la suspensión provisional de los efectos del artículo 160 del Decreto 2171 de 1992, pero limitando dicha medida a las frases o expresiones que traten sobre la ampliación en el tiempo de las referidas facultades, es decir, a los siguientes textos: “Dichas normas deberán expedirse a más tardar el 31 de diciembre de 1993, “contenida en su parte inicial y “... con anterioridad al término aquí establecido...”, contenida en su párrafo.

Sobre la alegada violación del artículo 150-7 de la Carta, la Sala no encuentra que la disposición bajo estudio incurra en tal vicio, y menos de manera flagrante, pues, precisamente, el Decreto acusado, dictado dentro del término constitucionalmente establecido, con categoría de ley, contiene las normas mediante las cuales se reestructuran las entidades a las que él se refiere, en consonancia con las facultades otorgadas por el Artículo Transitorio 20 *ibidem*.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

10.- ADMITASE la demanda presentada por los ciudadanos Germán Plazas González, Luis Felipe Barreto García, Alfonso Pinzón Villamil, Juvenal Romero, José del Carmen Parada, Alfonso García Jaimes, Jorge Baca Rincón, Hernando Oviedo Polo, Porfirio Riveros Gutiérrez, José Ezequiel Obando,

Roosevel José Carvajalino Barragán, Manuel Antonio Enciso Toquica, Robinson Antonio Avila Viloría y Jaime Manuel Jaraba Contreras.

En consecuencia, se dispone:

- a) Tener como parte demandante a los citados ciudadanos.
- b) Tener como parte demandada a la Nación Colombiana, representada por los señores Ministro de Hacienda y Crédito Público, Ministro de Defensa Nacional, Ministro de Trabajo y Seguridad Social, Ministro de Obras Públicas y Transporte y Ministro de Comercio Exterior, y por los señores Director del Departamento Nacional de Planeación, Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.
- c) Notifíquese personalmente esta decisión a los citados Ministros y Directores de Departamento Administrativo, con entrega de copia de la demanda y sus anexos.
- d) De conformidad con el artículo 56 del decreto 2651 de 1991, notifíquese personalmente la admisión de la demanda a la señora Agente del Ministerio Público ante 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 a la Presidencia de la República, por intermedio de su Secretaria General, el envío de los antecedentes administrativos de acto acusado dentro del término de diez (10) días, contados a partir de aquél en que reciba el correspondiente oficio.
- g) En acatamiento a lo dispuesto en el numeral 4) del artículo 207 de 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 cinco mil pesos (\$5.000.00), en efectivo, dentro de los diez (10) días siguientes al de regreso del expediente a la Secretaría de la Sección.

2o.- **DECRETASE** la suspensión provisional de los efectos de las siguientes frases del artículo 160 del Decreto 2171 de 1992: "Dichas normas

SECCION PRIMERA

deberán expedirse a más tardar el 31 de diciembre de 1993”, contenida en su parte inicial y “... con anterioridad al término aquí establecido”, contenida en su párrafo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha trece de mayo de mil novecientos noventa y tres.

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

**REGLAMENTO CONSTITUCIONAL / CONTROL
CONSTITUCIONAL / CONSEJO DE ESTADO/
COMPETENCIA RESIDUAL (ACLARACION DE VOTO)**

Estoy en desacuerdo con la frase consignada en la parte motiva, que dice "... el Decreto acusado, dictado dentro del término constitucionalmente establecido, con categoría de ley...". Con carácter transitorio la Asamblea Nacional Constituyente le confirió al Gobierno Nacional facultades para reglamentar o desarrollar preceptos constitucionales. Esa sujeción del Gobierno en su poder de reglamentación solamente a la Constitución, demuestra, a mi juicio, que los Decretos que dimanen del artículo transitorio 20, tienen la categoría de Reglamentos o Decretos Constitucionales, los cuales, según lo ha consignado la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Suprema de Justicia, se expiden con prescindencia e independencia de la ley, deben respetar únicamente los textos constitucionales, y, por esta última razón, tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley. Esa categoría jurídica de Reglamento o Decreto Constitucional es la que permite considerarlos como actos administrativos desde el punto de vista formal y justifica que el control de constitucionalidad sobre los mismos se ejercite por esta Corporación, en virtud de la competencia residual que le atribuye el artículo 237 ordinal 2o. *ibídem.*

SECCION PRIMERA

ACLARACION DE VOTO

Referencia: Expediente No. 2344. Acción: Nulidad. Actor: GERMAN PLAZAS GONZALEZ Y OTROS.

Aún cuando comparto la decisión adoptada en el proceso de la referencia, y su motivación en general, sin embargo estoy en desacuerdo con la frase consignada en la página 7 de la parte motiva, que dice "... el Decreto acusado, dictado dentro del término constitucionalmente establecido, con categoría de ley...".

Considero que con carácter transitorio la Asamblea Nacional Constituyente le confirió al Gobierno Nacional facultades para reglamentar o desarrollar preceptos constitucionales, concretamente en el artículo transitorio 20, para suprimir, fusionar o reestructurar las entidades de la Rama Ejecutiva, los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales y las Sociedades de Economía Mixta del orden nacional, a fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la nueva Constitución Política y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

Esa sujeción del Gobierno en su poder de reglamentación solamente a la Constitución, demuestra, a mi juicio, que los Decretos que dimanen del artículo transitorio 20, tienen la categoría de Reglamentos o Decretos Constitucionales, los cuales, según lo ha consignado la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Suprema de Justicia, se expiden con prescindencia e independencia de la ley, deben respetar únicamente los textos constitucionales, y, por esta última razón, tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley.

Ahora, respecto de los Decretos que el Gobierno expide como legislador transitorio, el Constituyente los califica expresamente como Decretos con fuerza de ley o Decretos Legislativos, y son aquellos que dicta: en virtud de las facultades extraordinarias que le confiere el Congreso a través de una ley (artículo 150 ordinal 10o. de la C.N.); en la circunstancia prevista en el artículo 341 *ibidem*; en los estados de excepción por guerra exterior y conmoción interior; y en caso de declaratoria del estado de emergencia económica y social (artículos 212, 213 y 215 *ibidem*); y, por último, los expedidos con fundamento en las facultades que le confirió la Asamblea Nacional Constituyente, ante la revocatoria del mandato del Congreso, en los artículos transitorios 5o. y 10o. A todos estos Decretos el control de constitucionalidad se le ha adscrito a la Corte Constitucional, que es la competente para ejercerle sobre las leyes (artículos 241, numerales 5o. y 7o., y transitorio 10o.).

Esa categoría jurídica de Reglamento o Decreto Constitucional es la que permite considerarlos como actos administrativos desde el punto de vista formal y justifica que el control de sobre los mismos se ejercite por esta Corporación, en virtud de la competencia residual que le atribuye el artículo 237 ordinal 2o. *ibídem.*

Fecha *ut supra.*

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Consejero.

CONTRALORIA MUNICIPAL - Creación / PRESUPUESTO MUNICIPAL

Para la fecha en que se expidió el citado Acuerdo no. 048 de 16 de Agosto de 1.989, el artículo 305 del C.de R.M. exigía en cuanto al presupuesto municipal, para efectos de la creación de Contralorías Municipales, que él excediera de \$50.000.000.00, con el reajuste anual y acumulativo en un porcentaje igual al de la variación del índice nacional promedio de precios al consumidor certificado por el DANE, sin incluir el valor de los recursos de crédito y transferencias de la Nación y del Departamento. Conforme a la certificación de la Contraloría Departamental, el presupuesto del Municipio de Villamaría es inferior al requerido en el artículo 305 del C.de R.M.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2292. Recurso de apelación contra la sentencia de 20 de Noviembre de 1.992, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas. Actor: HERNAN ZULUAGA ARISTIZABAL.

Se decide el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la parte impugnante contra la sentencia de 20 de Noviembre de 1.992, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

I.- ANTECEDENTES.

I.1-. El ciudadano HERNAN ZULUAGA ARISTIZABAL, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad que consagra el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Caldas, tendiente a que se declarara la nulidad del Acuerdo no. 048 de 16 de Agosto de 1.989 "POR MEDIO DEL CUAL SE CREA LA CONTRALORIA MUNICIPAL DE VILLAMARIA", expedido por el Concejo Municipal de Villamaría, y del Decreto no. 114 de 13 de Octubre de 1989 "POR MEDIO DEL CUAL SE FIJAN LAS FUNCIONES DE LA CONTRALORIA MUNICIPAL", emanado de la Alcaldía del Municipio de Villamaría

I.2-. Como normas violadas se señalaran en la demanda los artículos 305 del C.de R.M.; 9o. y 34 del Decreto Ley 2304 de 1989.

Para fundamentar los cargos de violación, aduce el demandante, en síntesis, lo siguiente:

1-. Se violó el artículo 305 del C. de R.M., por cuanto esta disposición exige para efectos de crear las Contralorías Municipales, un presupuesto mínimo de rentas propias de \$50.000.000.00, suma esta reajutable en un porcentaje igual al de la variación del índice de precios al consumidor que elabora el DANE, y de acuerdo con la documentación presentada cuando se impetró la demanda contra el Acuerdo no. 007, este requisito no se satisfizo.

2-. También se vulneró el artículo 9o. del Decreto Ley 2304 de 1.989, que reformó el artículo 66 del C.de R.M., por cuanto el Acuerdo que se impugna transcribió y reprodujo el acto de creación de la Contraloría Municipal de Villamaría (Acuerdo 007), que fue suspendido provisionalmente por el Tribunal Administrativo de Caldas, y al reproducirse contradice y viola las normas antes citadas (artículo 34 del Decreto Ley 2304 de 1989).

I.3-. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de: admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

La primera instancia culminó con la sentencia de 20 de noviembre de 1992 la cual fue oportunamente apelada por el impugnante WILLIAM GIRALDO GIRALDO.

SECCION PRIMERA

II-. LA SENTENCIA RECURRIDA.

El Tribunal en la sentencia apelada se inhibió de hacer un pronunciamiento de fondo en relación con el Decreto 114 de 13 de Octubre de 1.989 por cuanto el actor no hizo mención de las normas violadas ni del concepto de la transgresión, y declaró la nulidad del Acuerdo no. 048 de 16 de agosto de 1989, con fundamento en el quebranto del artículo 305 del C.de R.M., pues el presupuesto del Municipio de Villamaría para efectos de crear la Contraloría Municipal,debió ser como mínimo de \$92.716.353,64, y con base en las pruebas que obran en el proceso dicho presupuesto ascendía solo a la suma de \$71.657.830,41.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

Manifiesta el recurrente como motivos de inconformidad con la sentencia apelada, en cuanto decretó la nulidad del Acuerdo no. 048 de 16 de Agosto de 1989, los siguientes:

1-. Es sano, en aras de la defensa del orden jurídico, que los Jueces interpreten las demandas sobre las cuales fallan, pero es un exceso que dentro de una jurisdicción rogada dicha facultad interpretativa llegue hasta el extremo de asumir el papel de parte.

En este caso la demanda adolece de varios de los requisitos previstos en los artículos 137 a 139 del C.C.A., pues: no se designan las partes ni sus representantes; la única pretensión que hay en el libelo es la de la suspensión provisional; se dice que se violó el artículo 305 del C.de R.M. pero no se explica el concepto de la violación; no se individualiza, el acto administrativo supuestamente demandado; y no hay constancia de la publicación del mismo

De otra parte, no se notificó el auto admisorio al Concejo Municipal de Villamaría, quien tiene interés en el resultado del proceso y a quien se le impidió defender la legalidad del Acuerdo cuestionado.

2. Como lo afirma el Procurador para Asuntos Administrativos, el proceso carece de recaudo probatorio pues no se allegó el Acuerdo no. 007 de 1.988, que se dice reproducido, ni el presupuesto municipal para 1.989 y sus adiciones, ni el certificado del Dane para el mismo año.

3-. El Tribunal se apoyó en una certificación del Contralor Departamental de 12 de Junio de 1.989,. fecha muy anterior al Acuerdo, con lo cual este funcionario pretende fijar la renta ordinaria del Municipio, además de que dicha certificación es falsa.

4-. El Concejo de Villamaría fijó a través del Acuerdo no. 012 de 18 de Noviembre de 1.988 las rentas ordinarias del Municipio en \$247.420.249,00 incrementados en \$ 3.085.786,93 por medio del Decreto sin número de Abril 28 de 1.989 y en \$20.624.529,86 a través del Decreto no. 117 del mismo año, lo cual lo eleva a \$271.130.565,79, suma esta muy superior a la requerida por el Tribunal.

5-. La sentencia impugnada no producirá efectos retroactivos sino hacia el futuro, y ocurre que el artículo 305 del C.de R.M. supuestamente vulnerado fue modificado por el artículo 21 literal a.) de la Ley 3a. de 1.991, que incluyó dentro del concepto de ingresos corrientes o rentas ordinarias de los Municipios la transferencia que ellos reciben de la Nación por su participación en el impuesto a las ventas (IVA), lo cual quiere decir que tal transferencia no se rebaja del presupuesto anual del Municipio para efectos de determinar el tope legal mínimo de rentas ordinarias e ingresos requeridos para poder constituir la Contraloría Municipal; y en este momento con el fortalecimiento fiscal de los Municipios regulado por las Leyes 14 de 1983, 12 de 1986, 75 de 1986, el Decreto 2447 de 1987 y el artículo 358 de la Constitución Nacional, hasta la más pequeña localidad de Caldas puede crear Contralorías Municipales, lo que hace inocua la sentencia en sus efectos, además que con la modificación que sufrió el artículo 305 perdió fundamento jurídico.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

IV.1-. En relación con las censuras que plantea el recurrente en el primer cargo, con el cual busca obtener un pronunciamiento inhibitorio, cabe anotar:

1-. En cuanto a la falta de indicación de las partes y sus representantes esta Corporación en diversos pronunciamientos ha expresado que la omisión de tal requisito no puede conducir a un pronunciamiento inhibitorio si el debido proceso o el derecho de defensa no se le ha desconocido o vulnerado a la parte demandada, como aconteció en el presente caso, en donde el auto admisorio le fue notificado al representante legal del Municipio de Villamaría, esto es, a la Alcaldesa, según consta a folio 24 del cuaderno no. 1.

No le asiste razón a la parte impugnante en cuanto a que tal providencia ha debido notificarse al Concejo Municipal, pues esta Corporación no es persona jurídica ni representa al Municipio.

2-. No resulta cierta la afirmación del impugnante en cuanto a que el Tribunal en su labor interpretativa de la demanda está haciendo las veces de parte dentro del proceso, pues la única pretensión de la demanda no es la relativa a la suspensión provisional. En efecto, conforme se lee en el libelo demandatorio

SECCION PRIMERA

(folio 14), el actor dice actuar “en ejercicio de la acción pública de nulidad a que se refiere el Art. 84 del Código Contencioso”, luego así expresamente no solicite la nulidad, la sola invocación de la acción es suficiente para deducir la pretensión. Además, al adjuntar la copia del Acuerdo no. 048 de 16 de Agosto de 1.989 y del Decreto 114 de 13 de Octubre del mismo año y teniendo en cuenta lo expuesto en el acápite relativo a los hechos, fácilmente se infiere que tal pretensión está relacionada con dichos actos.

3-. Tampoco acierta el recurrente en lo que toca con el requisito de forma del concepto de la violación en torno del artículo 305 del C. de R.M., pues la presunta ausencia de la explicación acerca del alcance de la violación no impide un pronunciamiento de fondo, sino que, por el contrario, acarrearía la no prosperidad de las súplicas de la demanda, y por lo demás, con meridiana claridad en el capítulo referente a “NORMAS VIOLADAS Y CARACTER DE LA VIOLACION”, visible a folio 16, consta que el actor sustenta el cargo sobre la base de que el Municipio de Villamaría no podía crear la Contraloría Municipal por cuanto no se satisfizo el requisito del presupuesto que exige el citado artículo 305, lo cual constituye una explicación acerca del alcance de la violación.

4-. En lo que tiene que ver con la falta de constancia de publicación del Acuerdo, el contenido del artículo 136 del C.C.A. es diáfano al prever que la acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo “a partir de la expedición del acto”, lo que significa que basta que en el expediente se acredite tal circunstancia para que esta Corporación no pueda sustraerse de un pronunciamiento de fondo.

IV.2-. En lo que respecta al fondo de la controversia, es menester hacer las siguientes precisiones:

Para la fecha en que se expidió el citado Acuerdo no. 048 de 16 de Agosto de 1989, el artículo 305 del C.de R.M. exigía en cuanto al presupuesto municipal, para efectos de la creación de Contralorías Municipales, que él excediera de \$50.000.000.00, con el reajuste anual y acumulativo en un porcentaje igual al de la variación del índice nacional promedio de precios al consumidor certificado por el DANE, sin incluir el valor de los recursos de crédito y transferencias de la Nación y del Departamento.

De tal suerte que el hecho de que a través de la Ley 3a. de 1991 en su artículo 21 literal a.) se consagre que la cesión del IVA se entenderá como ingreso corriente municipal, ello no tiene relevancia alguna en este proceso pues para estudiar la legalidad del acto acusado debe circunscribirse la Sala a

las normas que se encontraban vigentes para la fecha de su expedición y no a las posteriores como el citado artículo 21.

De otra parte, el hecho de no haberse allegado al proceso copia del Acuerdo no. 007 de 1.988, tampoco es trascendente en el caso sub examine habida cuenta que no obstante que el actor hace alusión a la reproducción de un Acuerdo suspendido, ello no fue objeto de estudio en el fallo.

En lo que respecta al presupuesto de 1.989 y su adición y a la certificación del Dane, la Sala hace las siguientes observaciones:

1. Si bien es cierto que el Acuerdo no. 012 de 18 de Noviembre de 1.988, contenido del presupuesto del Municipio de Villamaría para la vigencia fiscal de 1.989, no fue allegado al proceso sino con posterioridad a la sentencia, no lo es menos que el Contralor del Departamento de Caldas en certificación visible a folios 27 y 28, hace un análisis minucioso del mismo en el cual concluye que la renta ordinaria de dicho Municipio ascendía a \$71.657.830,41.

A pesar de las afirmaciones del recurrente en cuanto a la falsedad de tal certificación, no aparece demostrado en el proceso que la justicia penal se haya pronunciado al respecto y por ello puede servir como elemento de convicción al fallador.

2. Obra a folio 26 del cuaderno no.1 la certificación sobre variación porcentual acumulada del índice de precios al consumidor proveniente del Director del Banco Nacional de Datos, que no ha sido redarguida de falsa.

3. En lo concerniente a las adiciones presupuestales, ellas no tienen incidencia alguna en el monto del presupuesto requerido para la creación de la Contraloría Municipal. En efecto, la adición al presupuesto por valor de \$20.624.529,86 (folios 75 a 77), que se hizo en el Decreto no. 117 de 30 de Octubre de 1989, por ser posterior a la fecha de expedición del Acuerdo no. 048 de 16 de Agosto de 1989, que crea el ente fiscal, no puede tenerse en cuenta, y, por lo demás, de dicha suma, \$16.000.000.00 corresponden a auxilios nacionales y departamentales, los cuales no constituyen ingreso ordinario o corriente del municipio.

En lo que atañe a la adición efectuada el 29 de Abril de 1.989 (folios 77 a 80 *ibídem*), la suma de \$3.085.786,93 objeto de la misma no afecta la cuantía del presupuesto requerida para que el Municipio de Villamaría pueda crear la Contraloría Municipal, pues para el momento en que se expidió el Acuerdo acusado el monto presupuestal debía ser de \$92.716.353,64 que resulta de

SECCION PRIMERA

aplicarle a la suma de \$50.000.000.00 el valor de los porcentajes acumulados hasta 1.988 certificados por el Director del Banco Nacional de Datos.

De tal manera que, conforme a la certificación de la Contraloría Departamental, que coincide con lo consignado en el Acuerdo no. 012 de 18 de noviembre de 1988, obrante a folios 62 a 73, y a la adición presupuestal de 29 de Abril de 1989 de 29 de abril de 1989 de \$3.085.786,93, el presupuesto del Municipio de Villamaría tenía para la fecha de creación de la entidad fiscalizadora un presupuesto de \$74.743.617,34, cifra esta inferior a la requerida en el artículo 305 del C.de R.M., y por ello habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia.

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:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 13 de mayo de 1993.-

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

PRESUPUESTO DISTRITAL / DISTRITO TURISTICO CULTURAL E HISTORICO DE SANTA MARTA

Mientras no aparezca plenamente demostrado que el Alcalde presentó el proyecto de manera inoportuna y como quiera que el Concejo tampoco expidió el Acuerdo correspondiente dentro del término que señala la ley, no se observa a primera vista la ilegalidad del decreto que adoptó como presupuesto el proyecto presentado por el burgomaestre.

PRESUPUESTO DISTRITAL / RECURSOS DE CREDITO / TITULOS DE DEUDA PUBLICA

El artículo 281 del C. de R. M., por el que se prohíbe a los Municipios y entidades descentralizadas emitir títulos de deuda pública, podría considerarse derogado tácitamente por los artículos 99 y siguientes de la Ley 9a. de 1989 por la cual se otorgó capacidad legal a esos entes territoriales para la emisión de títulos de deuda pública y a destinar su producto para los fines allí determinados. La autorización que mediante el Acuerdo se le dio al Ejecutivo para obtener recursos de crédito puede constituir una fijación de cupo de endeudamiento por dicha suma a la luz de lo preceptuado en el parágrafo 2o. del artículo 423 del Código Fiscal de Santa Marta según el cual "se entiende que la determinación del cupo de endeudamiento constituye una autorización para negociar empréstitos hasta por dicha suma.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D. C., catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).*

SECCION PRIMERA

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2356 Apelación Auto. Actor: MARIO NOGUERA PINEDO Y OTROS.

Le corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto tanto por los demandantes como por el apoderado del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, contra el auto de 5 de febrero de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en la parte que decretó la suspensión provisional del artículo segundo, numeral 1.2. RECURSOS DE CAPITAL, subnumeral 1.2.2. Recursos de Crédito, en cuanto incluye dentro del presupuesto de ingresos y recursos de capital para la vigencia fiscal de 1993 para el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, la cantidad de DIEZ MIL MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.000.00).

I. ANTECEDENTES:

Los señores Mario Noguera Pinedo, Hernando Escobar Medina y la señora Margarita Vives Lacouture, en ejercicio de la acción pública de nulidad presentaron demanda ante el Tribunal Administrativo del Magdalena con el fin de que se anulara el Decreto 1024 de 10 de diciembre de 1992, expedido por el Alcalde Mayor de Santa Marta, "Por el cual se adopta, para la vigencia fiscal comprendida entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre de 1993, como Presupuesto de Rentas y Gastos del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta", el proyecto oportunamente presentado al Concejo Distrital.

Conjuntamente con la demanda los actores solicitaron la suspensión provisional del acto acusado, con base en los argumentos que se resumen a continuación.

El Alcalde incumplió ostensiblemente el deber constitucional de presentar oportunamente el Proyecto de Presupuesto, toda vez que el remitido a la Corporación inicialmente no reunía las exigencias legales mínimas para su tramitación, pues faltaba el Presupuesto de las Entidades Descentralizadas y la Certificación de la Oficina Departamental de Planeación a que alude el artículo 94 del Decreto 77 de 1987.

Al serle devuelto el proyecto por parte del Concejo, el Ejecutivo no lo devolvió a la Corporación para su discusión y aprobación, sino después que ésta había clausurado sus sesiones.

El Alcalde, ante su conducta omisiva, estaba obligado a repetir el Presupuesto del año anterior, por mandato claro y expreso de los artículos 348

y 353 de la Constitución, 51 de la Ley 38 de 1989 y 105 del Acuerdo 213 de 1991, Código Fiscal del Distrito.

Al decretar el Alcalde, mediante el acto acusado, inversiones por \$13.754.335.250, cuando el Plan de Inversiones aprobado por el Concejo en el Acuerdo 09 del 21 de septiembre de 1992, fue de solo \$6.917.600.000, se vulneraron en forma manifiesta el numeral 2o. del artículo 313 de la Constitución, que radica en forma exclusiva en los Concejos la competencia para aprobar los planes y programas de desarrollo económico y social y de Obras Públicas; el 345 de la misma Carta que le confiere al Congreso, las Asambleas y los Concejos la facultad exclusiva de decretar gastos públicos, y los artículos 346 de la Ley de Leyes y 25 del Código Fiscal Distrital, por cuanto rompió la correspondencia y sujeción necesaria de los Presupuestos al Plan de Desarrollo.

Al incluirse en el Presupuesto partidas por \$10.000.000.000, correspondientes a créditos no perfeccionados, se transgredieron los artículos 54 y 420 del Código Fiscal Distrital.

II. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA:

El Tribunal Administrativo del Magdalena en auto del 5 de febrero del presente año, en primer término admite la demanda. Respecto a la solicitud de la medida cautelar, solamente accede a decretar " la suspensión provisional del artículo segundo numeral 1.2. RECURSOS DE CAPITAL, Subnumeral 1.2.2. Recursos de Crédito, por cuanto incluye dentro del presupuesto de ingresos y recursos de capital para la vigencia fiscal de 1993 para el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, la cantidad de DIEZ MIL MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.000.oo)".

Para llegar a la determinación anterior, el *a-quo* razonó, en síntesis, así:

Para efectos de la suspensión provisional del Decreto 1024 del 10 de diciembre de 1992, acusado en estas diligencias, son ajenas a este momento procesal las vicisitudes internas, tanto del Concejo como de la Alcaldía Distrital que impidieron una acción mancomunada para la expedición de un presupuesto acorde con las expectativas ciudadanas, en la medida que atañen directamente a la oportunidad de la presentación y al contenido formal del proyecto de acuerdo del presupuesto municipal.

Las razones por las cuales el Concejo no expidió el Acuerdo sobre presupuesto antes del 10 de diciembre de 1992, tal como lo exige el artículo 101 del Acuerdo 0213 del 13 de marzo de 1991, Código Fiscal del Distrito de Santa Marta, no pueden ser de índole jurídica. Será necesario ahondar en los motivos

SECCION PRIMERA

por los cuales el Concejo clausuró las sesiones el 30 de noviembre de 1992 sin esperar la culminación del plazo que se prolongaba hasta el 10 de diciembre.

A primera vista no se aprecia la violación ostensible de las normas contenidas en el Acuerdo que rige la expedición del presupuesto distrital, atemperado en principio a las disposiciones de la Ley 38 de 1889 y a los artículos 348 y 353 de la Carta Política, porque el Código Fiscal del Distrito es reiterativo en que el Concejo tiene plazo hasta el 10 de diciembre de cada año para aprobar el Acuerdo presupuestario, y es enfático que ante la no expedición registrá el presentado por el Alcalde para la Administración Central.

La inclusión de partidas para inversiones por \$13.754.335.150, superando el doble de lo aprobado por el Concejo en el Plan de Inversiones mediante el Acuerdo 09 de 1992 que fue de solo \$6.917.600.000, no es ostensiblemente ilegal, por la coincidencia que se observa entre los rubros correspondientes a los ingresos aprobados en \$23.267.269.235.00 tanto en el proyecto de Acuerdo como en el Decreto impugnado, cantidades que a su vez corresponden a gastos presupuestados por igual cantidad, en uno y en otro; además por la posibilidad constitucional prevista en el artículo 347 de la Carta de que el Gobierno proponga por separado, la creación de nuevas rentas o la modificación de las existentes para financiar el monto de gastos contemplados cuando los ingresos autorizados no fuesen suficientes para atenderlos.

La inclusión de la partida de \$10.000.000.000.00, sí es ilegal dada la expresa prohibición contenida en el artículo 54 del Acuerdo 0214 de 1991 o Estatuto Fiscal Distrital de incluir en el presupuesto de ingresos, recursos del crédito que no se encuentren legalmente contratados o incluidos dentro del cupo global de endeudamiento.

III. LOS RECURSOS DE APELACION:

Contra el auto que decretó la suspensión parcial del acto acusado, interpusieron apelación tanto los actores como el señor apoderado del Distrito de Santa Marta. Los primeros no sustentaron el recurso, se limitaron simplemente a manifestar que lo interponían (folio 293).

El Distrito de Santa Marta impugna la providencia del Tribunal únicamente en cuanto dispuso la suspensión provisional del artículo segundo, numeral 1.2. RECURSOS DE CAPITAL, subnumeral 1.2.2. RECURSOS DE CREDITO, porque incluye dentro del presupuesto de ingresos y recursos de capital, para la vigencia fiscal de 1993 para el Distrito de Santa Marta, la cantidad de \$10.000.000.000.00.

IV. CONSIDERACIONES:

La apelación de la parte actora.

Manifiestan los actores que interponen el recurso de apelación contra el auto de 5 de febrero de 1992, "pero únicamente en cuanto en él no se decreta la suspensión provisional TOTAL del acto acusado".

Respecto a este recurso proceden las siguientes precisiones:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 266 del C. de R. M. y 91 del Código Fiscal del Distrito de Santa Marta, el Alcalde, en el primer día de las sesiones ordinarias del mes de noviembre debe presentar al Concejo el presupuesto de rentas y gastos, y la corporación edilicia debe expedir el Acuerdo correspondiente durante dichas sesiones, incluido el período de prórroga el que de acuerdo con el artículo 79 del primero de los estatutos citados es de 10 días.

En el caso de autos hasta el momento no puede afirmarse que si el Concejo no expidió el Acuerdo del Presupuesto antes del 10 de diciembre de 1992, se debió a la presentación extemporánea o incompleta del proyecto por parte del Ejecutivo.

Aunque aún no se sabe a ciencia cierta el día en que fue presentado al Concejo el proyecto de presupuesto por parte del Alcalde lo cierto es que el 10 de noviembre la Presidencia de la Corporación lo devolvió al burgomaestre para que fuera corregido y adicionado. El ejecutivo una vez le hizo los ajustes legales y lo adicionó con el proyecto de presupuesto de las Entidades Descentralizadas del Distrito lo volvió a pasar al Cabildo el 30 de noviembre, cuando ya éste había clausurado las sesiones ordinarias sin haberse agotado el plazo que para tales efectos establece la ley (Folios 230 y 232).

No se cuenta entonces con razones suficientemente válidas para suspender los efectos del acto acusado, por violación manifiesta y ostensible de las normas que dicen relación con la presentación y expedición del Presupuesto, ya que para llegar a una conclusión contraria se hace necesario determinar no solamente la fecha precisa en que fue presentado inicialmente el proyecto, sino las causas por las cuales el Concejo no expidió el presupuesto en las sesiones ordinarias de noviembre, entre las cuales puede figurar la de haber clausurado dichas sesiones el 30 de ese mes cuando aún no había transcurrido el período de prórroga.

Así las cosas, mientras no aparezca plenamente demostrado que el Alcalde presentó el proyecto de manera inoportuna y como quiera que el Concejo

SECCION PRIMERA

tampoco expidió el Acuerdo correspondiente dentro del término que señala la ley, no se observa a primera vista la ilegalidad del decreto que adoptó como presupuesto el proyecto presentado por el burgomaestre, ya que de conformidad con lo reglado en el artículo 102 del Estatuto Básico Fiscal para el Distrito de Santa Marta, "Si el Concejo no expidiere el presupuesto de la Administración Central, del Concejo y sus Agentes, y el de las entidades descentralizadas, el día diez (10) de diciembre del año respectivo, regirán los proyectos presentados por el Gobierno Distrital ...".

En el mismo sentido, según concepto del Consejo de Estado (Sala de Consulta y Servicio Civil, abril 22 de 1971), si el Concejo no expide el Acuerdo de presupuesto dentro del término que señale la ley, rige el proyecto presentado oportunamente por el Alcalde; y si éste no lo hubiere presentado dentro de los términos que también se le señalan, rige el del año anterior, pudiendo el Gobierno Municipal, en este caso, reducir gastos si así lo aconsejan los cálculos de rentas del nuevo ejercicio.

En lo referente a la objeción del acto enjuiciado por haberse incluido en él partidas para inversiones por \$13.754.335.250, superando el doble de lo aprobado por el Concejo en el Plan de Inversiones mediante el Acuerdo 09 de 21 de septiembre de 1992, que fue de solo \$6.917.600.000, hay que tener en cuenta que el artículo 347 de la Constitución Nacional, prevé la probabilidad de crear nuevas rentas o de modificar las existentes para financiar el monto de gastos contemplados, cuando los ingresos legalmente autorizados no fueren suficientes para atender los gastos proyectados.

La disposición precitada resultaría aplicable al caso controvertido a la luz de lo reglado en el artículo 353 del ordenamiento constitucional, según el cual "Los principios y las disposiciones establecidas en este título (XII de la Carta Política), se aplicarán en lo que fuere pertinente, a las entidades territoriales, para la elaboración, aprobación y ejecución de su presupuesto".

Además, en este punto, tal como atinadamente lo observó el Tribunal, los rubros correspondientes a los ingresos aforados en \$23.267.269.235 tanto en el proyecto de acuerdo como en el decreto impugnado, coinciden con los gastos presupuestados en ambos documentos.

De otra parte, el artículo 140 del Código Fiscal del Distrito de Santa Marta consagra la posibilidad de modificar el presupuesto cuando sea indispensable aumentar la cuantía de las apropiaciones o de establecer otras nuevas, con el fin de completar partidas insuficientes; ampliar servicios existentes; hacer un gasto imprescindible a juicio del Alcalde Mayor, o establecer nuevos servicios aprobados legalmente. De la circunstancia anterior podría inferirse la

facultad del Concejo de modificar el plan de inversiones previamente aprobado, en este caso mediante el Acuerdo 009 del 21 de septiembre de 1992.

Lo expuesto lleva a la Sala a confirmar, por el aspecto referido, el auto recurrido.

La apelación de la parte demandada:

El Distrito de Santa Marta impugna la providencia del Tribunal únicamente en cuanto dispuso la suspensión provisional del artículo segundo, numeral 1.2. RECURSOS DE CAPITAL, subnumeral 1.2.2. RECURSOS DE CREDITO, porque incluye dentro del presupuesto de ingresos y recursos de capital para la vigencia fiscal de 1993 para el Distrito de Santa Marta la cantidad de \$10.000.000.000.00.

El *a-quo* considera manifiestamente ilegal la inclusión de la referida partida "dada la expresa prohibición contenida en el artículo 54 del Acuerdo 0214 de 1991, o Estatuto Fiscal Distrital de incluir en el presupuesto de ingresos, recursos del crédito que no se encuentren legalmente contratados o incluidos dentro del cupo global de endeudamiento ...". Se agrega en el auto recurrido que no se halla comprobada la existencia de un contrato de empréstito interno legalmente contratado, sin contar con que los municipios no podrán emitir títulos de deuda pública (art. 281 C.R.M.) y con que el endeudamiento interno y externo de la Nación y de las entidades descentralizadas no podrá exceder su capacidad de pago (art. 364 del C. de R. M. y 420 del Código Fiscal Distrital). Se hace notar en este punto que la capacidad de endeudamiento del Distrito de Santa Marta es de solo \$528.500.000.00.

De lo expresado en la providencia recurrida se deduce que el Tribunal suspendió provisionalmente el artículo 2o. numeral 1.2. RECURSOS DE CAPITAL, subnumeral 1.2.2. RECURSOS DE CREDITO porque consideró que tal disposición violaba ostensiblemente el artículo 54 el Estatuto Fiscal Distrital por el cual como ya se anotó, se prohibió incluir en el presupuesto de ingresos, recursos del crédito que no se encuentren legalmente contratados o incluidos dentro del cupo global de endeudamiento.

Parte de la base el Tribunal que el Municipio no puede emitir títulos de deuda pública y que el endeudamiento de la entidad no podrá exceder su capacidad de pago.

Después de analizar el escrito de apelación interpuesto por la parte demandada y los documentos adjuntos, no observa la Sala a primera vista la violación flagrante, bultosa y ostensible del artículo 54 del Código Fiscal de

SECCION PRIMERA

Santa Marta, ni de las normas que dicen relación con la emisión de títulos de deuda pública y con la capacidad de endeudamiento, por las siguientes apreciaciones:

Si bien, el artículo 54 del Código Fiscal de Santa Marta prohíbe incluir en el presupuesto de ingresos, recursos de crédito que no se encuentren legalmente contratados e incluidos dentro del cupo global de endeudamiento, el artículo 80, numeral 5o. del mismo estatuto expresa que "Cuando el proyecto del presupuesto del Distrito de Santa Marta incluya recursos de crédito no contratados, los proyectos de inversión a financiarse con esos recursos deberán señalar en forma inequívoca su ejecución y la misma estará condicionada a la consecución de dichos recursos...".

El Parágrafo del artículo 420 del citado Código Fiscal según el cual la celebración de los contratos de empréstito interno o externo que excedan de \$500.000.000.00 deberán ser autorizados por Acuerdo que el Concejo expida para el efecto, fue derogado en su integridad por el artículo 1o., numeral 1.7. del Decreto 1003 del 30 de noviembre de 1992, que dice: "La facultad de celebración de contratos de empréstito interno o externo, por parte del Alcalde Mayor, se somete a las cuantías fijadas en el presupuesto de la respectiva vigencia fiscal. Las que excedieron tales valores requieren autorización del Honorable Concejo Distrital".

El Acuerdo No. 2 del 29 de mayo de 1992, mediante el artículo 1o. literal E, confirió al Alcalde del Distrito de Santa Marta, entre otras, la facultad de negociar empréstitos con entidades bancarias nacionales e internacionales, personas naturales o jurídicas hasta por la suma de \$10.000.000.000.00, para ser invertidas en los planes de desarrollo del Distrito y en las obras públicas distritales.

Con base en estas facultades y para dar cumplimiento al Plan de Inversión contenido en el Decreto 949 del 6 de noviembre de 1992, expedido por el Alcalde, este funcionario autorizó a la Fiduciaria del Estado para adelantar los convenios pertinentes a fin de contratar la emisión y colocación de bonos de deuda pública del Distrito hasta por un monto de \$10.000.000.000.00 folio 241).

Expresa el señor apoderado del Distrito en el escrito de apelación, y es esta una circunstancia que hay que comprobar, que el contrato de emisión de los bonos fue suscrito el 26 de noviembre de 1992.

De ser cierto lo anterior, era natural que los recursos obtenidos mediante la referida "emisión" se incluyeran en el Proyecto de Presupuesto y que junto

con los ya aprobados en el Plan de Inversión (Decreto 949 de 1992), fueron sometidos a la consideración del Concejo.

El artículo 281 del C. de R. M., por el que se prohíbe a los Municipios y entidades descentralizadas emitir títulos de deuda pública, podría considerarse derogado tácitamente por los artículos 99 y siguientes de la Ley 9a. de 1989 por la cual se otorgó capacidad legal a esos entes territoriales para la emisión de títulos de deuda pública y a destinar su producto para los fines allí determinados.

De otro lado, el artículo 295 de la Constitución Nacional expresa que “Las entidades territoriales podrán emitir títulos y bonos de deuda pública, con sujeción a las condiciones del mercado financiero e igualmente contratar crédito externo, todo de conformidad con la ley que regule la materia”.

La autorización que mediante el Acuerdo 002 de 1992 se le dio al Ejecutivo para obtener recursos de crédito hasta por \$10.000.000.000.00 puede constituir una fijación de cupo de endeudamiento por dicha suma a la luz de lo preceptuado en el parágrafo 2o. del artículo 423 del Código Fiscal de Santa Marta según el cual “se entiende que la determinación del cupo de endeudamiento constituye una autorización para negociar empréstitos hasta por dicha suma”.

Finalmente, la Ley 38 de 1989 (Estatuto Orgánico del Presupuesto), ante la falta de regulación legal sobre la materia con posterioridad a la Constitución de 1991, resultaría aplicable para el caso de autos en sus artículos 21 y 23, que dicen respectivamente:

“Los recursos de crédito interno y externo con vencimiento mayor a un año autorizados por la Ley se incluirán en el presupuesto de gastos”.

“El presupuesto de gastos se compondrá del presupuesto de gastos de funcionamiento, del presupuesto del servicio de la deuda y del presupuesto de gastos de inversión”.

En fin, de todo lo anteriormente expuesto se desprende que en el caso de autos, para concluir en la violación de las normas citadas como infringidas se hace necesario determinar el alcance jurídico de las normas pertinentes; aclarar conceptos, y probar algunos hechos, lo cual requiere de lucubraciones y análisis jurídicos propios del momento procesal de dictar sentencia y no de ahora, cuando de lo que se trata es de advertir prima facie la transgresión ostensible de la ley.

Por ello, la Sala habrá de revocar el auto apelado en cuanto suspendió provisionalmente el Decreto acusado.

SECCION PRIMERA

En virtud de las consideraciones anteriores, la Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

REVOCAR el auto impugnado en la parte que dispuso la suspensión provisional del artículo 2o., numeral 1.2. **RECURSOS DE CAPITAL**, subnumeral 1.2.2. Recursos de Crédito del Decreto 1024 del 10 de diciembre de 1992, mediante el cual el Alcalde Mayor de Santa Marta adoptó el presupuesto de rentas, recursos de capital y gastos para el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta para la vigencia fiscal de 1993, en cuanto incluyó dentro de dicho presupuesto una partida de \$ 10.000.000.000.00 y en su lugar se deniega su suspensión provisional. Se confirma en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 13 de mayo de 1993.

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

**ADPOSTAL - Reestructuración / SUPRESION DE EMPLEOS /
DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES
CONSTITUCIONALES - Temporalidad.**

Siendo una consecuencia lógica de la reestructuración la supresión de empleos o cargos. y debiéndose llevar a cabo aquélla dentro del perentorio término de 18 meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución plazo que venció el 7 de Enero de 1993-, no podía el Gobierno Nacional ampliarlo hasta el 2 de Enero de 1994, ya que ello conlleva un exceso en las facultades otorgadas, máxime si se tiene en cuenta que tales facultades ordinariamente son del resorte del legislador, del Gobierno y otras autoridades, sólo que la Constitución quiso que transitoriamente el Gobierno Nacional las ejerciera.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de mil novecientos
noventa y tres (1993).*

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2367, Acción: Nulidad. Actor: JAIRO CUESTA NOVOA Y OTRO.

Los ciudadanos JAIRO CUESTA NOVOA Y PASTOR PARRA CRISTANCHO, en el ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitan de esta Corporación la declaratoria de nulidad del Decreto 2124 de 29 de Diciembre de 1.992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura la Administración Postal Nacional -ADPOSTAL-.

SECCION PRIMERA

Como la demanda reúne los requisitos de ley, habrá de admitirse en la parte resolutive de esta providencia.

SUSPENSION PROVISIONAL.

Para solicitar el decreto de suspensión provisional del acto acusado, aduce la actora que el Gobierno Nacional abusó de las atribuciones conferidas en el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, de la siguiente forma:

1. La reestructuración de la entidad no está en consonancia con los mandatos de la Constitución, pues el Decreto acusado viola el preámbulo y los artículos 1 a 4, 25, 39, 53 a 56, 93, 103, 150 numeral 7o. y 334 de la misma.

2. El Decreto atacado omitió las evaluaciones y recomendaciones de la comisión asesora del Gobierno Nacional, y por ello se violan los artículos 1, 2 y transitorio 20 *ibídem*.

3. El artículo 11 prolongó arbitrariamente, en doce meses más, las atribuciones para realizar la reestructuración, lo cual viola los artículos 4 y transitorio 20.

4. El Gobierno Nacional no tenía facultades para modificar el régimen salarial, prestacional e indemnizatorio legal y convencional tanto de los empleados públicos como de los trabajadores oficiales de Adpostal, y por esta razón resultan quebrantados los artículos 53, 55, 58 y 150 numeral 9o. literales e.) y f.) de la Constitución Nacional por parte de los artículos 6 a 11 del Decreto 2124 de 1992.

5. El Gobierno Nacional no tenía facultad para cambiar la naturaleza Jurídica de Adpostal sino para ponerla en armonía con la Constitución Nacional. Por ello se vulneran los artículos 1 a 3, 150 ordinal 7o. y 20 transitorio de la Carta Política, por parte de los artículos 1,4,5,7,9 y 11 del citado Decreto 2124.

Para resolver **SE CONSIDERA:**

Sea lo primero reiterar una vez más que esta Corporación es competente para estudiar la constitucionalidad del Decreto 2124 de 29 de Diciembre de 1992, en virtud de lo dispuesto en el artículo 237 numeral 2o. de la Constitución Política, habida cuenta que conforme a lo previsto en los artículos 241 y Transitorio 10, tal competencia no le fue atribuida a la Corte Constitucional.

En lo que atañe a los cargos de violación manifiesta señalados en los puntos 1, 4 y 5, como lo ha expresado la Sala en diversos pronunciamientos, por

requerir un análisis de fondo propio de la sentencia, en esta etapa procesal no es viable entrar a determinar hasta dónde iban las facultades otorgadas al Gobierno Nacional en el artículo transitorio 20 de la Carta Política, pues de una simple confrontación de textos es imposible observar prima facie, si la entidad en virtud de la reestructuración se halla o no en consonancia con los mandatos constitucionales.

Ello Implica, entre otras cosas, dilucidar en qué consistió la reestructuración lo que supone por lo menos un estudio de cómo se encontraba antes del Decreto 2124 la Administración Postal Nacional- y si dicha reestructuración armoniza o no con la finalidad buscada por el Constituyente.

De igual manera, como consecuencia del análisis de fondo a que se ha hecho referencia será que se puede establecer hasta qué punto se ha modificado el régimen salarial de los empleados públicos y trabajadores oficiales; si se ha variado o no la naturaleza Jurídica de la entidad y qué Incidencia tienen estos aspectos en torno de la facultad atribuido en el artículo transitorio 20.

En lo referente a la omisión de las evaluaciones de la Comisión Asesora de que trata el punto 2, también considera la Sala que no corresponde a esta etapa del proceso el análisis de tal evaluación, pues surgen interrogantes acerca de si se conformó o no toda la Comisión; si hubo o no consenso en el concepto dado al Gobierno Nacional y la trascendencia del mismo a la luz de la disposición contenida en la norma transitoria en comento, los cuales muy seguramente se despejarán con los antecedentes administrativos que han de allegarse para tal efecto.

Finalmente, y en lo que respecta al cargo contenido el punto 3, asiste parcialmente la razón a la parte actora por ello se accederá al decreto de suspensión provisional parte del artículo 11. En efecto, dispone el acto acusado:

“Programa de Supresión de Empleos.-La supresión de empleos o cargos, en los términos previstos en el artículo anterior, se cumplirá de acuerdo con el programa que apruebe la autoridad competente para ejecutar las decisiones adoptadas, dentro del plazo de doce (12) meses contados a partir de la fecha de publicación del presente Decreto”.

Del contenido de la norma transcrita se advierte el evidente quebranto del artículo transitorio 20, pues siendo una consecuencia lógica de la reestructuración la supresión de empleos o cargos. y debiéndose llevar a cabo aquélla dentro del perentorio término de 18 meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución plazo que venció el 7 de Enero de 1993-, no podía el Gobierno Nacional ampliarlo hasta el 2 de Enero de 1994, ya que ello conlleva

SECCION PRIMERA

un exceso en las facultades otorgadas, máxime si se tiene en cuenta que tales facultades ordinariamente son del resorte del legislador, del Gobierno y otras autoridades, sólo que la Constitución quiso que transitoriamente el Gobierno Nacional las ejerciera, por lo cual, procede la suspensión provisional de la frase: “ ... dentro del plazo de doce (12) meses contados a partir de la fecha de publicación del presente Decreto”.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1o. ADMITASE la demanda presentada por los ciudadanos **JAIRO CUESTA NOVOA Y PASTOR PARRA CRISTANCHO**, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C A., contra el decreto 2124 de 29 de Diciembre de 1.992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura la Administración Postal Nacional -ADPOSTAL-.

2o. NOTIFIQUESE personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada ante lo Contencioso de esta Corporación.

3o. NOTIFIQUESE personalmente con entrega de copia de la demanda y de sus anexos, a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Trabajo y Seguridad Social y de Comunicaciones, al señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y al señor Director de la administración Postal Nacional - ADPOSTAL-

4o. FLJESE 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.

5o. DEPOSITE la parte actora en la Secretaría de la Sección la suma de cinco mil pesos (\$5.000.00), para atender los gastos ordinarios del proceso.

6o. SOLICITESE a la Oficina Jurídica de la Presidencia de la República, el envío de los antecedentes administrativos.

7o. DECRETASE la suspensión provisional del artículo 11 del Decreto 2124 de 1.992, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, en cuanto a la frase: “...dentro del plazo de doce (12) meses contados a partir de la fecha de publicación del presente Decreto”.

EXP. -2367

8o. DENIEGASE la suspensión provisional de las demás disposiciones acusadas.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 13 de mayo de 1993.

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

**DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES
CONSTITUCIONALES - Temporalidad / MINISTERIO DE
HACIENDA Y CREDITO PUBLICO - Reestructuración / PLANTA
DE PERSONAL**

Las facultades otorgadas al Gobierno Nacional mediante el artículo transitorio 20 de la Constitución eran excepcionales no solo desde el punto de vista temporal y desde el punto de vista del objetivo o finalidad sino también desde el punto de vista de la materia, en cuanto, por ser excepcionales, ellas reunían en cabeza del ejecutivo, durante el período citado, todas las competencias relacionadas con la supresión, fusión y reestructuración de las entidades, estuvieran ellas, en virtud de las normas permanentes, ya fuera en cabeza del Congreso, del mismo gobierno o de otras autoridades. Por lo mismo, agotado el término de las facultades excepcionales, las diversas competencias regresan a sus titulares permanentes: unas al Congreso y al Presidente de la República, según la Constitución; y otras, a las diferentes autoridades administrativas que puedan tenerlas, conforme con la ley. Con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución, el gobierno no podía establecer un término adicional para la modificación de la planta de personal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por fuera del término que tenía para ejercer las facultades excepcionales. **DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL** de los efectos del art. 107 del Decreto 2112 / 92, en la expresión: "...dentro de los tres meses siguientes a la fecha de su vigencia".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2321. Actor: OSCAR JOSE DUEÑAS RUIZ.

El ciudadano y abogado Oscar José Dueñas Ruíz, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., acude ante esta Corporación para demandar la declaratoria de nulidad de los artículos 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97 (parcial), 98, 99 (parcial), 100, 103 y 107 del Decreto 2112 de 29 de diciembre de 1992 “por el cual se reestructura el Ministerio de Hacienda y Crédito Público”, expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones conferidas por el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política.

Como quiera que la demanda, en la forma como fue corregida por el accionante (fls. 96 a 108), reúne los requisitos y formalidades que exigen los artículos 137 y 139 del C.C.A., será admitida en la parte resolutive de esta providencia.

1.- SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En escrito presentado junto con la corrección de la demanda, el actor solicita la suspensión provisional de los artículos 97 en forma parcial, 98, 99 en forma parcial, 100 y 107 acusados, con fundamento en las razones que, dada la dificultad para resumirlas, se transcriben en lo pertinente a continuación (fls. 109 a 113):

1.-El artículo 97, en el cual se subraya la frase cuya suspensión provisional se solicita, dispone lo siguiente:

“Artículo 97.- CONTINUIDAD DEL SERVICIO. Para los efectos previstos en el régimen de indemnizaciones o bonificaciones, el tiempo de servicio continuo se contabilizará a partir de la fecha de la última o la única vinculación del empleado con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público”.

El actor considera que la disposición parcialmente acusada incurre en violación del artículo 58 de la Constitución Política, que garantiza los derechos adquiridos, pues “Ocurre que en el Ministerio de Hacienda se efectuaron en 1991 y 1992 INCORPORACIONES, en razón de que en dicho Ministerio se cambia con frecuencia la denominación de las Unidades o Divisiones, lo cual significó nueva posesión para todos los funcionarios (caso concreto de Aduanas y la DAF) y ocurre que en muchos casos al ascender el funcionario hay un

SECCION PRIMERA

cambio de vinculación. Por todas estas razones si se principia a contar el tiempo de servicio a partir de la última vinculación se dejan de lado muchos años de servicio al propio Ministerio y se violarían los derechos adquiridos de quien llevando, por ejemplo, más de 15 años, hubiere sido incorporado en la DAF en 1991 o en la División General de Aduanas en 1992" (sic) (mayúsculas, paréntesis y abreviaturas del actor).

2.- El artículo 98 dispone lo siguiente:

"ARTICULO 98.- INCOMPATIBILIDAD CON LAS PENSIONES. Los empleados públicos a quienes se les suprime el cargo como consecuencia de la reestructuración del Ministerio y que en el momento de la supresión del cargo o empleo tengan causado el derecho a una pensión, no se les podrá reconocer ni pagar las indemnizaciones o bonificaciones a que se refiere el presente Decreto.

"Si en contravención a lo dispuesto en el inciso anterior, se paga una indemnización o bonificación y luego se reclama y se obtiene una pensión el monto cubierto por la indemnización o bonificación más intereses liquidados a la tasa de interés corriente bancario se descontará periódicamente de la pensión, en el menor número de mesadas legalmente posible.

La disposición transcrita incurre en violación del artículo 58 de la Carta Política pues, expresa el demandante, "La indemnización no es una prestación y la pensión si lo es, luego no se ve por qué puedan ser incompatibles. Hay un derecho adquirido a percibir tanto la indemnización como la prestación..." (mayúsculas del texto original).

Además, la norma acusada transgrede los artículos 13 y 53 de la misma Constitución, debido a que "En el caso del Ministerio de Hacienda, quienes se retiraron dentro del plan de retiro compensado durante el año pasado, recibieron la indemnización y la pensión si reúnan derecho a ello y a nadie le pasó por la cabeza (sic) exigirles devolución de la indemnización, ni menos que pagaran intereses por lo que el Estado mediante Resolución les había entregado".

De otra parte, la mencionada disposición es "inhumana" e incurre en infracción del artículo 46 y del preámbulo de la Constitución, pues "... no tiene presentación que antes de la aplicación del Artículo Transitorio sí se pagaba indemnización por retiro y con ocasión de dicho artículo ya se pierde el derecho, si el trabajador no ha solicitado su desvinculación, el Estado no puede castigarlo con la disminución de algo a lo cual sí tienen derecho quienes no están cercanos a la tercera edad".

Por último, considera el demandante, "...es inconstitucional el inciso segundo del artículo acusado, al establecer una sanción monetaria, que va más allá de la razón de ser de la norma constitucional transitoria y que castiga a los exfuncionarios de avanzada edad por un hecho imputable al mismo Estado y no al beneficiario con la escasa indemnización que le da por violarle el derecho a trabajar. Es insólito que el Estado le impide (sic) trabajar a una persona y luego la reprima por recibir apenas lo justo" (sic).

3.-El artículo 99, en el cual se subraya la frase cuya suspensión provisional se solicita, dispone lo siguiente:

"ARTICULO 99.-FACTOR SALARIAL. Las indemnizaciones y bonificaciones no constituyen factor de salario para ningún efecto legal y se liquidarán con base en el salario promedio causado durante el último año de servicios. Para efectos de su reconocimiento y pago se tendrán en cuenta exclusivamente los siguientes factores salariales:

"1. La asignación básica mensual;

"2. La prima técnica;

"3. Los dominicales y festivos;

"4. Los auxilios de alimentación y transporte;

"5. La prima de navidad;

"6. La bonificación por servicios prestados;

"7. La prima de servicios;

"8. La prima de antigüedad;

"9. La prima de vacaciones, y

"10. Los incrementos por jornada nocturna o en días de descanso obligatorio".

Esta norma incurre en violación del artículo 58 de la Constitución Política pues "Los factores salariales los fija la ley, los aplica el juez cuando hay controversia y ocurre que en la enumeración del artículo quedó por fuera, como factor salarial, los viáticos (cuando éstos superan los 180 días al año) ..." (sic) (paréntesis del texto original).

SECCION PRIMERA

4.- El artículo 100 dispone lo siguiente:

“ARTICULO 100.- NO ACUMULACION DE SERVICIOS EN VARIAS ENTIDADES. El valor de la indemnización o bonificación corresponderá, exclusivamente, al tiempo laborado por el empleado público en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público”.

La norma transcrita incurre en violación de “... toda la estructura que la Constitución fija para el Estado Colombiano, en armonía con la protección a los derechos adquiridos, pues “El Estado patrón es uno solo. El Ministerio de Hacienda no es el empleador. La relación laboral se da entre el Estado y el trabajador, de ahí que las demandas se dirijan contra la Nación y no contra un Ministerio determinado. Siendo ello así, no se puede excluir el tiempo laborado en otras dependencias para la fijación de la indemnización”.

5.- El artículo 107 dispone lo siguiente:

“ARTICULO 107.- PLANTA DE PERSONAL. El Gobierno establecerá la planta de personal del Ministerio de acuerdo con la estructura y funciones fijadas en este decreto, dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de su vigencia. Dicha planta entrará a regir para todos los efectos legales y fiscales a partir de la fecha de su publicación”.

El demandante fundamenta de la siguiente manera la solicitud de suspensión provisional del artículo 107 transcrito:

“Indudablemente es el Presidente por medio del decreto quien fija las plantas de personal. Esta es una atribución que señala el numeral 14 del artículo 189 de la Carta. Y si lo que quiso decir el artículo acusado es que esta atribución se ejerce con fundamento en el Artículo Transitorio 20, valga la objeción formulada en la demanda: Que ya los 18 meses precluyeron y no pueden ampliarse por tres meses más. Luego, por cualquier lado que se mire el artículo es inconstitucional” (sic).

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Previamente a avocar el estudio del asunto, la Sala reitera su competencia para ejercer el control constitucional de los decretos dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones que le confirió el artículo transitorio 20 de la Constitución Política, en virtud de la cláusula residual de competencia que al Consejo de Estado le atribuye el numeral 2 del artículo 237 de la misma Carta.

1. En cuanto a la solicitud de suspensión provisional, en forma parcial, del artículo 97 del Decreto 2112 de 1992 por presunta violación manifiesta del artículo 58 de la Constitución, en cuanto garantiza los derechos adquiridos, la Sala considera que no tiene vocación alguna de prosperar por la sencilla razón de que el régimen de indemnizaciones y bonificaciones previsto en el decreto demandado no constituía ningún derecho adquirido previamente que pudiera haber sido desconocido por la norma cuestionada.

2. En relación con la solicitud de suspensión provisional del artículo 98 acusado, basada también en la violación del artículo 58 de la Carta, tampoco puede prosperar por las mismas razones expuestas en el numeral anterior.

Sobre la alegada violación de los artículos 13 y 53 de la Carta Política, el primero de los cuales trata, entre otros aspectos, sobre la Igualdad de las personas ante la ley y el segundo sobre la función del Congreso para expedir el estatuto del trabajo, la Sala tampoco encuentra, en este momento procesal, que el acto acusado incurra en su transgresión, y menos manifiesta, pues la misma se pretende derivar de simples situaciones narradas por el actor, carentes de argumentación jurídica y respaldo probatorio.

Tampoco resulta admisible el cargo de violación manifiesta del artículo 46 de la Carta Política, toda vez que se sustenta en argumentos tales como el carácter “inhumano”, la falta de “presentación” y lo “insólito” de la norma acusada, los cuales carecen de toda relevancia jurídica para el estudio de su constitucionalidad.

Por último, la Sala hace notar que resulta a todas luces improcedente invocar en sustento de la demanda de suspensión provisional la violación del preámbulo de la Carta Política, pues si bien éste contiene una serie de principios que sustentan la Constitución, su carácter normativo es muy discutible y no puede servir de punto de referencia para determinar violaciones manifiestas como es el carácter de las exigidas para que proceda la medida de suspensión provisional.

3. Sobre las solicitudes de suspensión provisional de los artículos 99, en forma parcial, y 100 del acto acusado, las cuales se sustentan en la violación del artículo 58 de la Constitución Política, presuntamente por desconocer derechos adquiridos, tampoco pueden prosperar, por la misma razón expuesta en el numeral 1 de esta providencia.

4. En cuanto a la solicitud de suspensión provisional del artículo 107 acusado, la Sala considera que las facultades otorgadas al Gobierno Nacional mediante el artículo transitorio 20 de la Constitución eran excepcionales no solo

SECCION PRIMERA

desde el punto de vista temporal (dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución) y es desde el punto de vista del objetivo finalidad (poner las entidades de la rama ejecutiva “en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece”), sino también desde el punto de vista de la materia, en cuanto, por ser excepcionales, ellas reunían en cabeza del ejecutivo, durante el período citado, todas las competencias relacionadas con la supresión, fusión y reestructuración de las entidades, estuvieran ellas, en virtud de las normas permanentes, ya fuera en cabeza del Congreso, del mismo gobierno o de otras autoridades.

Por lo mismo, agotado el término de las facultades excepcionales, las diversas competencias regresan a sus titulares permanentes: unas al Congreso y al Presidente de la República, según la Constitución; y otras, a las diferentes autoridades administrativas que puedan tenerlas, conforme con la ley.

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que, en el caso concreto del artículo 107 del Decreto 2112 de 1992, con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución el gobierno no podía ampliar el término para ejercer las facultades excepcionales previstas en el mismo.

En consecuencia y en otras palabras, con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución, el gobierno no podía establecer un término adicional para la modificación de la planta de personal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por fuera del término que tenía para ejercer las facultades excepcionales, por lo cual el artículo 107 acusado es, desde este punto de vista, manifiestamente contrario a la citada norma fundamental.

En consecuencia, procede la suspensión provisional de la norma acusada en este cargo, en la expresión: “... dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de su vigencia”.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o.- ADMITASE la demanda presentada por el ciudadano Oscar José Dueñas Ruíz.

En consecuencia, se dispone:

- a) Tener como parte demandante al citado ciudadano.
- b) Tener como parte demandada a la Nación Colombiana, representada por los señores Ministro de Hacienda y Crédito Público, Ministro de Trabajo y Seguridad Social y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.
- c) Notifíquese personalmente esta decisión a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, Trabajo y Seguridad Social y al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, con entrega de copia de la demanda y sus anexos.
- d) De conformidad con el artículo 56 del Decreto 2651 de 1991, notifíquese personalmente la admisión de la demanda a la señora Agente del Ministerio Público ante 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 a la Presidencia de la República, por intermedio de su Secretaria General, el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado dentro del término de diez (10) días, contados a partir de aquél en que reciba el 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 cinco mil pesos (\$5.000.00), en efectivo, dentro de los diez (10) días siguientes al de regreso del expediente a la Secretaría de la Sección.

2o.- **DECRETASE** la suspensión provisional de los efectos del artículo 107 del Decreto 2112 de 1992, en la expresión: "... dentro de los tres meses siguientes a la fecha de su vigencia".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

SECCION PRIMERA

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la sala en su sección de fecha el trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

**CORPORACION NACIONAL DE TURISMO -
Reestructuración / DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES
CONSTITUCIONALES - Temporalidad**

Las facultades otorgadas al Gobierno Nacional mediante el artículo transitorio 20 de la Constitución eran excepcionales no sólo desde el punto de vista temporal y desde el punto de vista del objetivo o finalidad, sino también desde el punto de vista de la materia, en cuanto, por ser excepcionales, ellas reunían en cabeza del ejecutivo, durante el período citado, todas las competencias relacionadas con la supresión, fusión y reestructuración de las entidades, ya fuera en cabeza del Congreso, del mismo gobierno o de otras autoridades.

Por lo mismo, agotado el término de las facultades excepcionales, las diversas competencias regresan a sus titulares permanentes: unas al Congreso y al Presidente de la República, según la Constitución; y otras, a las diferentes autoridades administrativas que puedan tenerlas, conforme con la ley.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo -SecciónPrimera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2348. Acción de nulidad contra el Decreto 2154 de 30 de diciembre de 1992. Actor: MARIA PAULINA RUIZ BORRAZ Y OTROS.

SECCION PRIMERA

MARIA PAULINA RUIZ BORRAZ y cincuenta y cuatro (54) ciudadanos más, ocurrieron ante esta Corporación en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., para demandar la nulidad del Decreto número 2154 de 30 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo transitorio 20 de la Constitución Política, y "por el cual se reestructura la Corporación Nacional de Turismo de Colombia".

COMPETENCIA:

Primeramente la Sala reitera, como lo ha hecho en otros pronunciamientos, su competencia para ejercer el control de constitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo 20 Transitorio, como lo es el Decreto 2154 de 1992 acusado, en virtud de la cláusula residual de competencia consagrada en el ordinal 2o. del artículo 237 de la Constitución Política.

ADMISION DE LA DEMANDA:

Como la demanda reúne los requisitos de ley, la Sala habrá de admitirla, como así se hará en la parte resolutive de este proveído.

SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL:

Las disposiciones acusadas de violación manifiesta de normas constitucionales y las razones aducidas al efecto, se consignan por la parte actora textualmente en los siguientes términos:

"a- La reestructuración de la entidad no está en consonancia con los mandatos de la Constitución, los artículos 3 al 8 del Decreto 2154 de 1992, violan el Preámbulo y los artículos 1, 2, 44, 52, 67, 70, 93, 103, 150 numeral 7, 189 numeral 16 y 334 de la C. N.

"b- El Decreto atacado omitió las evaluaciones y recomendaciones de la Comisión Asesora del Gobierno Nacional para la Modernización del Estado, de esta forma se están violando los artículos 1, 2, 52 y Transitorio 20 de la C. N.

"c- El artículo 25 del Decreto 2154 de 1992, prolongó arbitrariamente en seis meses más las atribuciones para realizar la reestructuración de la corporación, de esta forma se están violando los artículos 4 y Transitorio 20 de la C. N.

“d- El artículo transitorio 20 de la Carta no le da facultades al Gobierno Nacional para contratar, como lo consagran los artículos 6 numeral 2 y 10 del Decreto 2154 de 1992, de esta forma se están violando los artículos 189 numeral 23, 150 numerales 9 y 14, 127, 128, 129, 209, 339 y 335 de la C. N.

“e- El Gobierno Nacional no tenía facultades para crear, fusionar y suprimir empleos y/o cargos en la Corporación Nacional de Turismo de Colombia; los artículos 7, 12 al 27 del Decreto 2154 de 1992 violan los artículos 53, 122, 125 y 189 numeral 14 de la C. N.

“f- El Gobierno Nacional no tenía facultades para modificar el régimen salarial, prestacional e indemnizatorio y convencional, de los trabajadores oficiales de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia; los artículos 5 numeral 7, 6 numeral 3, 12 al 26 del Decreto 2154 de 1992 violan los artículos 53, 55, 58, 150 numeral 9, literales e y f, de la C. N.”.

CONSIDERACIONES:

En relación con el cargo del literal a):

Aunque no se señala una sola expresión, menos una razón con la que se cumpla la exigencia del artículo 152 del C. C. A. de sustentar la medida precautoria, distinta a la escueta afirmación de que “La reestructuración de la entidad no está en consonancia con los mandatos de la Constitución”, con la que únicamente pretende “explicar” las presuntas violaciones, la Sala reitera una vez más lo que ya ha consignado en otras oportunidades (expedientes 2309 y 2315, entre otros) en el sentido de que para entrar a determinar hasta dónde iban las facultades otorgadas al Gobierno Nacional en el artículo 20 Transitorio de la Carta, relativas a la reestructuración de las diferentes dependencias de la Rama Ejecutiva y de sus entidades descentralizadas, como lo es la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, a fin de ponerlas en consonancia con la nueva Constitución, ello supone un análisis de fondo que no es procedente realizarlo en este momento procesal por reñir con la filosofía propia del instituto precautorio, sino que corresponde a la definición que debe hacerse en el fallo que dirima la controversia.

En relación con el cargo del literal b):

En cuanto a la presunta transgresión manifiesta del artículo 20 Transitorio de la Carta, fundada en que se omitieron las evaluaciones y recomendaciones de la comisión asesora prevista en dicha norma, tampoco en esta etapa procesal puede la Sala hacer un pronunciamiento que amerite suspender provisionalmente

SECCION PRIMERA

el Decreto 2154 de 1992, pues para este efecto se requiere disponer de sus antecedentes administrativos, más aun si se considera que en el epígrafe del mismo se consigna que fue expedido "...teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión de que trata el mismo artículo", lo que contrasta con la aseveración de la parte actora.

En lo que respecta a la violación flagrante de los artículos 1o., 2o. y 52 de la Carta por el Decreto acusado, basta la simple lectura de aquellas disposiciones para advertir que no guardan ninguna relación con lo atinente a la evaluación y recomendaciones de la comisión a que alude el artículo 20 Transitorio y a que se refiere la censura.

En relación con el cargo del literal c):

La norma acusada de haber prolongado arbitrariamente las facultades para efectuar la reestructuración, es el artículo 25 del Decreto 2154 de 1992, cuyo texto reza:

"Adecuación de la Estructura Interna y de la Planta de Personal.- La Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo procederá a determinar las modificaciones de la estructura interna y a la planta de personal, que sean necesarias de acuerdo con lo previsto en el presente Decreto, dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo.

"La planta de personal que se adopte entrará a regir para todos los efectos legales y fiscales a partir de su publicación".

Sobre el particular, la Sala considera que las facultades otorgadas al Gobierno Nacional mediante el artículo transitorio 20 de la Constitución eran excepcionales no sólo desde el punto de vista temporal (dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución) y desde el punto de vista del objetivo o finalidad (poner las entidades de la rama ejecutiva "en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece"), sino también desde el punto de vista de la materia, en cuanto, por ser excepcionales, ellas reunían en cabeza del ejecutivo, durante el período citado, todas las competencias relacionadas con la supresión, fusión y reestructuración de las entidades, ya fuera en cabeza del Congreso, del mismo gobierno o de otras autoridades.

Por lo mismo, agotado el término de las facultades excepcionales, las diversas competencias regresan a sus titulares permanentes: unas al Congreso y al Presidente de la República, según la Constitución; y otras, a las diferentes autoridades administrativas que puedan tenerlas, conforme con la ley.

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que, en el caso concreto del artículo 25 del Decreto 2154 de 1992, con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución el Gobierno no podía ampliar el término para ejercer las facultades excepcionales previstas en el mismo.

En consecuencia y en otras palabras, con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución, el gobierno no podía establecer un término adicional para modificar la estructura interna y la planta de personal de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, por fuera del término que tenía para ejercer las facultades excepcionales, por lo cual el artículo 25 acusado es, desde este punto de vista, manifiestamente contrario a la citada norma fundamental.

En consecuencia, procede la suspensión provisional de la norma acusada en este cargo, en la expresión “.... dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo...”.

En relación con el cargo del literal d):

En esta ocasión, como en la del literal a), la parte actora aparte de señalar que el artículo 20 transitorio no le da facultades al Gobierno Nacional para contratar, para deducir de esa simple aseveración el quebrantamiento de diversas disposiciones de la Carta Política, no esgrime el más elemental motivo tendiente a su demostración, lo que de suyo sería suficiente para rechazar la petición de la medida provisoria.

Se agrega, sin embargo, que de los artículos 189-23 y 355 de la Constitución se desprende que el Gobierno está autorizado para celebrar contratos y que éste mismo se encuentra facultado por la misma Carta (art. 211) para delegar dicha función, entre otros funcionarios, en los representantes legales de las entidades descentralizadas, las cuales las ejercen conforme a la ley (Decretos 1050 y 3130 de 1968 y 222 de 1983, entre otras normas), por lo cual se hace indispensable determinar si la regulación que al efecto se hace por el acto acusado a través de los artículos 60., numeral 2, y 10, armoniza con dichos preceptos constitucionales, pues del contexto de éstos últimos como de los demás que se citan como infringidos no se infieren elementos de juicio que lleven a deducir prima facie que aquellas disposiciones transgredan éstas. Desde luego que ello no es viable dilucidarlo en esta etapa del proceso.

En relación con el cargo del literal e):

En lo atinente a esta censura, basta señalar que si el Gobierno Nacional tenía facultades para suprimir, fusionar o reestructurar las entidades

SECCION PRIMERA

descentralizadas del orden nacional, con la finalidad de ponerlas en consonancia con los preceptos de la Constitución, tales facultades llevan insita la de crear, fusionar y suprimir empleos, razón por la cual no procede atender favorablemente la solicitud de suspensión provisional impetrada en este cargo.

En relación con el cargo del literal f):

La glosa en esta oportunidad, al igual que en otras de las precedentes, denota una evidente falta de sustentación que de por sí hace rechazable el cargo.

Ante la simple afirmación de que el Gobierno Nacional no tenía facultades para modificar el régimen salarial, prestacional e Indemnizatorio, baste destacar que el Gobierno Nacional está facultado por la Ley 4a. de 18 de mayo de 1992, que es una norma marco, dictada precisamente por el Congreso de la República con fundamento en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales. En cuanto al régimen salarial de éstos, existen disposiciones legales (Decreto Ley 3135 de 1968) que autorizan al Gobierno Nacional para su señalamiento, al igual que la facultad para su delegación en el artículo 211 de la Constitución, ya citado, en los representantes legales de las entidades descentralizadas. Lo mismo se puede predicar respecto del régimen indemnizatorio de los referidos trabajadores, respecto de los cuales también existen disposiciones de orden legal (la Ley 6a. de 1945 y sus normas reglamentarias, el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del citado Decreto 3135 de 1968 y las concordantes del Código Sustantivo del Trabajo, como los artículos 4o. 414 y 416), lo que supone de todas maneras que es Imprescindible un análisis de fondo para deducir el presunto quebranto, el cual sólo es viable efectuar en el momento de dictar sentencia, mas no en esta etapa procesal.

En cuanto a las manifestaciones de adhesión a la demanda, sobre ellas se resolverá oportunamente, conforme a la previsión contenida en el artículo 146 del C. C. A.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1o. ADMITASE la demanda presentada contra el Decreto NUMERO 2154 de 39 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por los siguientes ciudadanos: RODRIGO HERNANDEZ MUÑOZ, LAURA

LORENA FERNANDEZ HERNANDEZ, SOFIA MAGDALENA RIOS BARRAGAN, GILDA INES MAYA QUEJADA, JORGE ANTONIO LLANO LOPEZ, FELIX BERNAL BACARES, MARTHA BELTRAN ZEA, JAIRO DAZA CASTIBLANCO, CLARA INES RIVADENEIRA, TOFOS FAJARDO CASTELLANOS, OMAIRA HERRERA FONSECA, LUZ STELLA BARON VELASQUEZ, MARIA RITA BLANCO, CLAUDIA PEDRAZA AMAYA, DILIA ESTHER SOCARRAS CUADRADO, MIGUEL ALFREDO PINEDO MURGAS, MARCELINO EDUARDO POLO RESTREPO, REBECA ESTHER LUNA DE DONCEL, FEDERICO GUILLERMO AARON MANJARRES, ABELARDO CAMILO SALAMANCA, MOISES ANTONIO COMAS BARRAZA, ROSA MARGARITA FIGUEREDO MOLINA, LUIS CARLOS ALDANA SUAREZ, ISABEL CRISTINA SANCHEZ GARCIA, ANA VICTORIA OLARTE PINZON, EDWIN GIOVANNY ROWLANOS M., ILMA CHACON ARDILA, ELSY BERNAL DE BARRIGA, FRANCQUELINA FRANCO DE GONZALEZ, JORGE EMILIO RAMIREZ LOZANO, SILVIA SOFIA LOZANO DE LA ROCHA, LUZ ELENA LOPEZ MUÑOZ, MARLENE FONSECA BARRERO, CARLOS ALBERTO GOMEZ ABRIL, WILLIAM EDUARDO SANCHEZ, LUIS FRANCISCO VIVES RESTREPO, DORA ELISA CEPEDA TORRES, ALVARO MARIO MADRID D'ANDREIS, CARLOS ALBERTO RODRIGUEZ TORRES, FABIO ORLANDO RIASCOS S., GLORIA LUCERO CARDONA G., ALICIA B. VALBUENA DE AVENDAÑO, MIRIAM E., FARFAN PATIÑO, CARMEN ELISA PARRA ESPITIA, MARIA C. SANCHEZ ROMERO, PEDRO H. MORENO CRUZ, JORGE IVAN OSPINA, IVES SALEBE CERVANTES, JULIO E. RAMIREZ ROJAS, FRANCISCO FERNANDEZ GARCIA, MARIA INES OROZCO PINZON, JORGE ARTURO RAMIREZ DUQUE, MARISOL RODRIGUEZ SALAZAR, NESTOR A. ZAMBRANO PAEZ.

2o. Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación.

3o. Notifíquese personalmente esta providencia a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, Trabajo y Seguridad Social, Desarrollo Económico, al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y al representante legal de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia. Hágaseles entrega de copia de la demanda.

4o. Deposite la parte actora en la Secretaria de la Sección, la suma de cinco mil pesos (\$5.000.00) para atender los gastos del proceso, dentro del término de ocho (8) días,

SECCION PRIMERA

5o. Por la Secretaría, solicítese a la Oficina Jurídica de la Presidencia de la República el envío de los antecedentes administrativos del Decreto demandado. Término quince (15) días.

6o. Fíjese el negocio 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.

7o. Tiénese como parte demandante a las personas relacionadas en el numeral 1. de este proveído; y como parte demandada a la Nación- Ministerios de Desarrollo Económico Hacienda y Crédito Público y de Trabajo y Seguridad Social, y al Departamento Administrativo de la Función Pública.

8o. DECRETASE la suspensión provisional del artículo 25 del Decreto 2154 de 30 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, en la frase 11 "...dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo...".

9o. Deniégase la suspensión provisional de las demás normas acusadas.

10o. Sobre las manifestaciones de adhesión a la demanda se resolverá oportunamente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Nota de Relatoría: Mediante auto de 18 de mayo de 1993, expediente 2348, ponente Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ, la sección DECRETO LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 25 del Decreto 2154 del 30 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, en la frase "...dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo...". En lo fundamental, se tuvo la misma argumentación consignada en el auto de 17 de mayo de 1992, expediente 2321, actor: Oscar José Dueñas Ruiz, ponente: Dr. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRIGUEZ, cuya tesis se publica en este boletín.

BIEN DE USO PUBLICO / EXPROPIACION - Improcedencia / EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO

Uno de los criterios que la Doctrina ha sentado para distinguir entre bienes de uso o dominio público y de dominio privado ha sido el de la naturaleza y afectación de los mismos. Así, cuando su uso pertenece a todos los habitantes o dichos bienes están afectados a un servicio público, se consideran como bienes de uso público. Tal es el caso de las vías férreas. Una cosa es el patrimonio propio e independiente que tengan las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y otra muy diferente es que por gozar de tal autonomía, los bienes que la conforman pierdan la naturaleza que tenían al momento de aportarse por la Nación a la respectiva entidad. Siendo la vía férrea y su franja de terreno aledaña a la misma un bien aportado por la nación a la empresa industrial y comercial del estado EMPRESA COLOMBIANA DE VIAS "FERROVIAS", frente a dicho bien no tiene aplicación el fenómeno de la expropiación, pues tanto en la anterior Carta Política (art. 30), como en la actual (art. 58), en el capítulo correspondiente a "Los derechos civiles y garantías sociales" se está haciendo referencia obviamente a los particulares y es a estos a quienes se les exige que su interés privado deberá ceder paso frente al interés público, lo que precisamente constituye la filosofía que informa la figura de la expropiación. De tal suerte que si bien es cierto a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado les es aplicable el Régimen del Derecho Privado, para efectos del desarrollo de su actividad comercial e industrial, ello no las convierte en particulares y menos aún cuando la nueva Carta Política las incluye como parte de la Rama Ejecutiva dentro de la estructura del Estado (art. 115).

SALA DE CONSULTA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera
Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2271. Recurso de apelación contra la sentencia de 23 de octubre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena. Actora: FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la Empresa Colombiana de Vías Férreas -FERROVIAS- a través de apoderado, contra la sentencia de 23 de Octubre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena que denegó las pretensiones de la demanda incoada en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. contra los artículos 1o., 2o., 3o. y 9o. del Acuerdo No. 004 de 13 de junio de 1.990, expedido por el Concejo Municipal de Santa Marta "POR EL CUAL SE DECLARAN DE UTILIDAD PUBLICA E INTERES SOCIAL UNOS LOTES DENTRO DEL AREA SOCIAL".

I. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA.

Para no acceder a las pretensiones de la demanda, consideró el juzgador de primer grado, en síntesis, lo siguiente:

1-. No cabe duda que los bienes que la Nación traspasó y enajenó a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia están afectados a un servicio público y no han perdido su carácter de bienes patrimoniales o de uso privado del Estado, dado que los Ferrocarriles Nacionales son una Empresa Industrial y Comercial del Estado, destinada a la explotación de una actividad comercial, como lo es el servicio de transporte de carga y pasajeros de los cuales la entidad deriva beneficios económicos.

No puede hablarse en rigor de bienes del Estado porque las Empresas Industriales y Comerciales tienen su patrimonio propio e independiente y el uso de sus bienes no pertenece a todos los habitantes del territorio, sino que está reservado a la empresa demandante, al igual que el abuso de ese derecho porque nada impide a esta transferir la propiedad de sus instalaciones, e incluso variar el curso de la línea férrea.

2-. El Código de Régimen Municipal se ocupa del "Urbanismo" y al efecto dota a los Municipios de diversas facultades como las de señalar el área urbana; disponer lo concerniente al trazado, apertura ensanche y arreglo de las

calles de las poblaciones; señalar como motivos de utilidad pública e interés social la ejecución de planes de desarrollo urbano y la constitución de reservas para futuras extensiones de la ciudad, más concretamente la expropiación de predios urbanos para la construcción de obras de ornato, embellecimiento, seguridad, saneamiento, etc., todo lo cual conduce a tener como postulado o como condición para el urbanismo la facultad expropiatoria de los Concejos Municipales, sin que sea menester en cada caso la expedición de una ley. Por esto no es cierto afirmar que al declarar de utilidad pública una zona aledaña a la vía férrea para construir una Avenida, se haya extralimitado el Concejo o usurpado en sus funciones el papel del legislador, pues el ensanche, la ampliación o la apertura de nuevas líneas constituyen motivo de utilidad pública e interés social previamente definido por el legislador.

3. Las franjas de terreno aledañas a la vía férrea forman parte del espacio público, y el Concejo Municipal que tiene a su cargo lo atinente al urbanismo, tiene la facultad de cambiar el destino de los inmuebles de uso público incluidos en él el espacio público y no hay lugar a considerar que exista prevalencia del interés de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, frente al interés del Municipio sobre su espacio público para el ordenamiento de la ciudad.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION.

El recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Empresa Colombiana de Vías -Ferrovias-, actual propietaria de los bienes que fueron de la demandante, se sustenta con base en los siguientes argumentos que pueden resumirse así:

1-. En virtud del Decreto-Ley 1588 de 1989, el patrimonio de la Empresa Colombiana de Vías Férreas -Ferrovias- está constituido, entre otros bienes, por la "zona o corredor férreo con sus anexidades y los demás bienes muebles e inmuebles que le transfiera la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia en liquidación".

2-. Los bienes de la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia en liquidación son bienes nacionales de uso público. Los artículos 1o., 2o. y 11 de la Ley 29 de 1931 muestran claramente que los ferrocarriles y bienes de la empresa pertenecen a la Nación y que aquella deberá administrarlos, así como los demás que adquiera, sin perjuicio de su autonomía administrativa y régimen jurídico.

3-. Del contenido de los artículos 1o., 2o. y 5o. del Decreto-Ley 3129 de 1954, surge la idea de que los bienes de la empresa son todos nacionales y que

SALA DE CONSULTA

el propio Gobierno Nacional vino en su ayuda para asumir el pasivo con recursos del presupuesto nacional.

4-. Contrariamente a lo que dá por sentado el fallo de primera instancia, los bienes de la Empresa Ferrocarriles Nacionales tanto en su actividad plena como en liquidación, son bienes adquiridos con recursos de la Nación, son bienes nacionales y están vinculados al servicio público de transporte, por lo cual son bienes públicos de uso general de los habitantes del territorio nacional, pese al yerro doctrinal que asienta el fallo al considerar que dicho carácter proviene exclusivamente del uso permanente, indiscriminado e irrestricto de tales bienes por todos los habitantes del territorio, para que tengan dicha característica.

5-. De la lectura del artículo 25 del Decreto-Ley 1588 de 1989 se infiere cómo no podrían destinarse las zonas anexas al tendido de la red férrea a fines distintos de los allí contemplados, y por ello el acto acusado no se ajustó a las finalidades de las leyes que autorizan la expropiación, limitadas como resultan por el ameritado texto legal.

6-. La Ley 9a. de 1989 no autoriza la expropiación de bienes nacionales de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y el artículo 6o. de la misma no puede entenderse en el sentido de que las entidades públicas municipales o intendenciales, hoy departamentales, puedan variar por sí el destino y afectación de los bienes de uso público de las entidades nacionales, y para reforzar este entendimiento, coherentemente el inciso 2o. del citado artículo 6o. dispuso que el retiro del servicio de las vías públicas continuará rigiéndose por las disposiciones vigentes al momento de expedirse la Ley 9a. de 1989.

7-. El contenido del artículo 11 *ibídem* apunta a la expropiación de la propiedad privada y no de las entidades públicas, cuando advierte que son éstas las que pueden proceder a decretar la expropiación, pero no que unas puedan decretárselas a otras y menos que los municipios puedan expropiar bienes nacionales o en todo caso bienes de uso público de propiedad de empresas públicas nacionales, como es el caso del corredor férreo de la Nación.

III-. LA DECISION.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El Acuerdo No. 004 de 13 de Junio de 1.991 del Concejo Municipal de Santa Marta, que constituye el acto acusado, declaró de utilidad pública e interés

social la franja de terreno paralela a la red férrea comprendida desde la instalaciones del Centro de Convenciones de Pozos Colorados y la Quebrada del Doctor en los límites con el municipio de Ciénaga, que tiene un ancho de 31.50 metros, medidos a partir del eje de la red férrea' así : 16.50 metros en el costado occidental y 15.00 metros en el costado oriental, para destinarla al trazado y construcción de la Avenida Luis Carlos Galán Sarmiento (antigua avenida Tamacá).

La sentencia del Tribunal Administrativo del Magdalena descansa sobre los siguientes argumentos:

1-. Los bienes de la demandante tienen el carácter de uso privado del Estado, pues las Empresas Industriales y Comerciales del Estado tienen patrimonio propio y por eso no es posible hablar en rigor de bienes del Estado, además que en este caso el corredor férreo no pertenece a todos los habitantes, sino que están reservados a los Ferrocarriles Nacionales.

2-. La franja de terreno aledaña a la vía férrea forma parte del espacio público, respecto del cual el Municipio puede expropiar atendiendo a razones urbanísticas.

La sentencia de *a quo* habrá de ser revocada por las siguientes razones:

1-. Nuestra codificación civil al hablar de los bienes de la Unión, los clasifica en: de uso público, cuando su uso pertenece a todos los habitantes, siendo su característica esencial la de ser inembargables, inenajenables e imprescriptibles, ejemplo las calles, puentes, caminos, etc. y, bienes fiscales cuando su uso no pertenece generalmente a todos los habitantes.

2-. Uno de los criterios que la Doctrina ha sentado para distinguir entre bienes de uso o dominio público y de dominio privado ha sido el de la naturaleza y afectación de los mismos. Así, cuando su uso pertenece a todos los habitantes o dichos bienes están afectados a un servicio público, se consideran como bienes de uso público. Tal es el caso de las vías férreas.

3-. Una cosa es el patrimonio propio e independiente que tengan las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y otra muy diferente es que por gozar de tal autonomía, los bienes que la conforman pierdan la naturaleza que tenían al momento de aportarse por la Nación a la respectiva entidad.

Dentro de los bienes que la Nación transfirió a la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia (Escritura Pública No. 3.958 de 30 de Agosto de 1.956,- folios 27 a 51 cuaderno no. 1-) y que a su vez fueron transferidos por ésta a

SALA DE CONSULTA

aquella (Escritura pública No. 6819 del 31 de Diciembre de 1.992- folios 139 a 159 *ibidem*-), para que fueran aportados a la Empresa Colombiana de Vías "FERROVIAS", creada con el objeto de mantener, mejorar, extender y explotar la red férrea nacional, sus anexidades y equipos, son y seguirán siendo bienes afectados al servicio público de transporte de pasajeros y de carga, y la franja de terreno anexidad de la vía férrea, necesariamente conserva la naturaleza del bien del cual forma parte, y no puede afirmarse que ésta sólo se destina al uso de la demandante, pues por los avances de la técnica que día a día debe adaptarse a las necesidades del servicio público que se presta, bien puede utilizarse para el ensanche de aquella, como sucede con la berma en las autopistas o avenidas.

4-. Siendo la vía férrea y su franja de terreno aledaña a la misma un bien aportado por la Nación a la Empresa Industrial y Comercial del Estado Empresa Colombiana de Vías "Ferrovias", frente a dicho bien no tiene aplicación el fenómeno de la expropiación, pues tanto en la anterior Carta Política (artículo 30), como en la actual (artículo 58), en el capítulo correspondiente a "Los derechos civiles y garantías sociales" se está haciendo referencia obviamente a los particulares y es a estos a quienes se les exige que su interés privado deberá ceder paso frente al interés público, lo que precisamente constituye la filosofía que informa la figura de la expropiación. De tal suerte que si bien es cierto a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado les es aplicable el Régimen del Derecho Privado, para efectos del desarrollo de su actividad comercial e industrial, ello no las convierte en particulares y menos aún cuando la nueva Carta Política las incluye como parte de la Rama Ejecutiva dentro de la estructura del Estado (artículo 115).

Por las razones expresadas encuentra la Sala que se ha vulnerado el artículo 30 de la Constitución Nacional de 1.886, vigente cuando se expidió el acto que se acusa, y por ello habrá de accederse a la pretensión primera del libelo demandatorio.

No se accederá a la condena al pago de perjuicios de que trata la pretensión segunda por no haberse demostrado su existencia ni el monto de los mismos que dé lugar al pago de una indemnización.

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:

REVOCASE la sentencia de 23 de Octubre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, y, en su lugar se dispone: 1o): **DECLARASE** la nulidad de los artículos 1o., 2o., 3o. y 9o. del Acuerdo No. 004 de 13 de Junio de 1991, expedido por el Concejo Municipal de Santa Marta.

2o): **DENIEGASE** la pretensión segunda de la demanda consistente en la condena al Municipio de Santa Marta al pago de perjuicios, por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese y Cúmplase

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 20 de mayo de 1993.

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

**DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES
CONSTITUCIONALES - Temporalidad / SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES - Reestructuración / PLANTA DE PERSONAL.**

Con fundamento en el Artículo Transitorio 20 de la Carta, el Gobierno no podía, de una parte, ampliar el término improrrogable de 18 meses para ejercer las facultades excepcionales previstas en el mismo, concretamente para "... llevar a cabo el proceso de reestructuración de la Superintendencia...", de que trata el artículo 37 del Decreto acusado, para suprimir empleos o cargos "... dentro del plazo de seis (6) meses contados a partir de la fecha de publicación de este Decreto.." de que trata el artículo 38 *ibidem* y para establecer la planta de personal "... dentro de los seis (6) meses siguientes a su vigencia...", de que trata el artículo 55 *ibidem* y, de otra, ponerle límites temporales a unas funciones que, como las dos últimas anotadas, corresponden permanentemente al Presidente de la República en virtud de lo dispuesto por el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2365. Actor: GLADYS AREVALO.

La ciudadana y abogada Gladys Arévalo, en ejercicio de la acción de nulidad y consagrada en el artículo 84 del C.C.A., acude ante esta Corporación para demandar la declaratoria de nulidad del Decreto 2155 de 30 de diciembre de 1992 "por el cual se reestructura la Superintendencia de Sociedades",

expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de atribuciones conferidas por el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política.

No obstante que en la demanda se omite la designación de la parte demandada y de sus representantes, la Sala, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 149 del C.C.A., entiende que se trata de la Nación Colombiana, representada por los señores Ministro de Hacienda y Crédito Público, Ministro de Trabajo y Seguridad Social y Ministro de Desarrollo Económico y por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, quienes, junto con el señor Presidente de la República, suscriben el Decreto cuya declaratoria de nulidad se solicita.

Con la anterior aclaración, y dado que la demanda reúne los demás requisitos o formalidades que exigen los artículos 137 y 139 del C.C.A., será admitida en la parte resolutive de esta providencia.

I.- SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL:

En *acápite* especial de la demanda la actora solicita la suspensión provisional de los artículos 5o. inciso segundo y párrafos 1 y 2, 6o., 37, 38, 55 y 56 del decreto acusado, con fundamento en las razones que, en forma resumida, se expresan a continuación (fls. 21 a 24):

1.- Los artículos 5o., inciso segundo y 6o. del Decreto 2155 de 1992 infringen abiertamente los artículos 150 numerales 1, 2 y 8 y 20 Transitorio de la Constitución Política, 267 y 271 del Código de Comercio, el artículo 1o. del Decreto 1171 de 1980 y la Ley 44 de 1981, toda vez que excediendo las facultades del artículo 20 Transitorio, reforman las citadas disposiciones del Estatuto Mercantil, asumiendo, así, una competencia privativa del Congreso.

De otra parte, las normas del Código de Comercio, arriba citadas, "... se ven derogadas por las disposiciones contenidas en las normas acusadas, toda vez que, desconocen sus preceptos, principalmente aquellos que ordenan que la solemnización de toda reforma estatutaria debe ser autorizada por la Superintendencia, el artículo 6o. num. 24 dispone que dicha Entidad solamente autorizará las que allí se enumeran; se deroga también la obligación para las sociedades vigiladas de obtener permiso de funcionamiento para desarrollar su objeto social, se desconocen las facultades de vigilancia y las funciones conferidas a la Entidad en nuestro Estatuto Mercantil".

Agrega la solicitante de la medida precautelativa, que los artículos 5o. inciso segundo y 6o. del Decreto acusado "... también son violatorios del artículo 189-24 y 20 Transitorio de la Carta, "... del primero por que ordena la inspección

SECCION PRIMERA

y vigilancia conforme a la ley, es decir, atribuye al Presidente facultades para ejercer dicho control, no para determinar la competencia y funciones de la Superintendencia, y del segundo porque no autoriza la expedición de tales disposiciones”.

2.- El artículo 5o., parágrafos 1 y 2 transgreden de manera flagrante el Artículo Transitorio 20 de la Carta, pues amplían el plazo de 18 meses que, para la reestructuración, consagra dicha norma constitucional.

3.- Los artículos 37, 38, 55 y 56 del Decreto demandado incurren en manifiesta infracción, por “... confrontación directa de textos...”, de los artículos 150 numerales 1, 2, 7 y 8, 189 numeral 24 y 20 Transitorio de la Constitución, pues, en primer lugar, mediante ellos el Gobierno prórroga por 6 meses el programa de supresión de empleos, el establecimiento o modificación de la planta de personal de la Superintendencia de Sociedades y el traslado de funciones a la Superintendencia de Valores siendo que ello debía cumplirse dentro de los 18 meses siguientes a la vigencia de la nueva Constitución. En segundo lugar, porque “siendo esta materia facultad exclusiva del Congreso, aquello que no se fusionó, suprimió o reestructuró conforme a las facultades y dentro del perentorio término otorgado por el Constituyente, no lo puede ser válidamente vencido el mismo; porque el Gobierno tendrá competencia solamente dentro del plazo fijado en la Ley (sic) y todo acto ejecutado fuera de ese lapso estaría viciado de NULIDAD por INCOMPETENCIA a razón del tiempo” (mayúsculas en el texto original).

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En primer término, la Sala reitera, una vez más su competencia para ejercer el control constitucional de los decretos dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones que le confirió el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política, en virtud de la cláusula residual de competencia que al Consejo de Estado le atribuye el artículo 237-2 de la misma Carta.

1.-En lo que concierne al primer cargo de violación de normas constitucionales, como efecto de la transgresión de disposiciones de carácter legal, formulado en contra de los artículos 5o.inciso segundo y 6o del Decreto 2155 ley de 1992, la Sala considera que no tiene vocación alguna de prosperar pues, como lo ha expresado en diversos pronunciamientos, de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo Transitorio 20 de la Carta tienen la misma jerarquía normativa de la ley y, en tal virtud, solo son susceptibles de contrariar en forma directa disposiciones constitucionales.

De otra parte, si bien el cargo se refiere a la inconstitucionalidad de las normas por reformar algunas disposiciones del Código de Comercio, que sería competencia exclusiva del Congreso, la Sala hace notar que en diversos pronunciamientos ha considerado que determinar el alcance de las facultades otorgadas al Gobierno por el Artículo Transitorio 20 de la Constitución constituye un estudio propio de la sentencia y no de este momento procesal, de tal manra que solo en aquél momento será posible definir si dichas facultades llegaban hasta permitir la reforma de códigos.

2.-En lo referente al cargo de violación del Artículo Transitorio 20 de la Carta por parte de los párrafos 1 y 2 del artículo 5o. del Decreto acusado, la Sala considera que el hecho de que el primero de ellos consagre un término de seis meses, para que la Superintendencia de Sociedades continúe ejerciendo la inspección y vigilancia sobre las sociedades a ellas sujetas y adopte las medidas pertinentes para ajustarse a las disposiciones de este Decreto”, no constituye una “...ampliación del plazo para la aplicación de la REESTRUCTURACION...”, como lo estima la solicitante de la medida, sino que el plazo allí fijado solo parece tener por objeto el cumplimiento de funciones que le son propias a la Superintendencia y la expedición, dentro del mismo, de las normas encaminadas a adecuar el ente reestructurado a los demás mandatos del Decreto cuya nulidad se solicita.

Sobre el mismo cargo de violación constitucional por parte del Parágrafo 2 del artículo 5o., que trata sobre el ejercicio del control cambiario por parte de la Superintendencia de Sociedades, “... una vez el Gobierno Nacional apruebe la planta de personal que le permita asumir dicha función...”, la Sala no encuentra que él incurra en su transgresión, al menos manifiesta, por la sencilla razón de que la expedición de las normas que adopten la nueva planta de personal de dicha Superintendencia corresponde constitucional y permanentemente al Presidente de la República, en virtud de lo dispuesto por el numeral 14 del artículo 189 de la Carta Política.

3.- Los artículos 37, 38, 55 y 56 del Decreto 2155 de 1992, cuya suspensión provisional se solicita, disponen lo siguiente:

“ARTICULO 37. Supresión de Empleos.- Dentro del término para llevar a cabo el proceso de reestructuración de la Superintendencia a que se refiere este Decreto, la autoridad competente suprimirá los empleos o cargos vacantes y los desempeñados por empleados públicos cuando ellos no fueren necesarios en la respectiva planta de personal como consecuencia de dicha decisión”.

SECCION PRIMERA

“ARTICULO 38. Programa de Supresión de Empleos.- La supresión de empleos o cargos en los términos previstos en el artículo anterior, se cumplirá de acuerdo con el programa que apruebe la autoridad competente para ejecutar las decisiones adoptadas, dentro del plazo de seis (6) meses contados a partir de la fecha de publicación del presente Decreto, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 52 y 55, inciso 2o. del presente Decreto”.

“ARTICULO 55. Planta de Personal.- El Gobierno establecerá la planta de personal de la Superintendencia de acuerdo con la estructura y funciones fijadas en este Decreto, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de su vigencia. Dicha planta entrará a regir para todos los efectos legales y fiscales a partir de la fecha de su publicación.

“No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, el traslado de funciones a la Superintendencia de valores, a que hace referencia el artículo 52 del presente Decreto, se realizará tres (3) meses después de que el Gobierno Nacional expida el decreto que adopte la planta de personal de la Superintendencia de Valores con el propósito de dar cabal cumplimiento al mismo artículo, y a más tardar el primero (1o.) de abril de 1994”.

“ARTICULO 56. Atribuciones de los Funcionarios de la Planta Actual.- Los funcionarios de la planta actual de la Superintendencia de Sociedades continuarán ejerciendo las atribuciones a ellos asignadas, hasta tanto sea expedida la nueva planta de personal acorde con la estructura que se establece en el presente Decreto, y se trasladen las funciones a la Superintendencia de Valores, en los términos de los artículos 52 y 55”.

De la lectura de las disposiciones transcritas y de su confrontación con el Artículo Transitorio 20 de la Carta, una de las normas que el actor estima como infringidas en forma manifiesta, para la Sala resulta evidente que, como lo ha considerado en otras decisiones, con fundamento en dicha norma constitucional el Gobierno no podía, de una parte, ampliar el término improrrogable de 18 meses para ejercer las facultades excepcionales previstas en el mismo, concretamente para “... llevar a cabo el proceso de reestructuración de la Superintendencia...”, de que trata el artículo 37 del Decreto acusado, para suprimir empleos o cargos “... dentro del plazo de seis (6) meses contados a partir de la fecha de publicación de este Decreto..” de que trata el artículo 38 *ibidem* y para establecer la planta de personal “... dentro de los seis (6) meses siguientes a su vigencia...”, de que trata el artículo 55 *ibidem* y, de otra, ponerle límites temporales a unas funciones que, como las dos últimas anotadas, corresponden permanentemente al Presidente de la República en virtud de lo dispuesto por el numeral 14 del artículo 189 de la Carta Política.

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que resulta procedente decretar la suspensión provisional de los efectos de los artículos 37, 38 y 55 del Decreto acusado, pero limitando dicha medida a las frases o expresiones que, en ellos, tratan sobre la ampliación en el tiempo de las referidas facultades, es decir, de los siguientes textos:

a) “Dentro del término para llevar a cabo el proceso de reestructuración de la Superintendencia a que se refiere este Decreto...”, contenida en el artículo 37.

b) “... dentro del plazo de seis (6) meses contados a partir de la fecha de publicación de este Decreto...”, contenida en el artículo 38.

c) “... dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de su vigencia...”, contenida en el inciso primero del artículo 55.

Por el contrario, la Sala considera que no resulta procedente la solicitud de suspensión provisional de los artículos 55 y 56, en cuanto en ellos se establece un plazo para que se produzca el traslado de funciones a la Superintendencia de Valores, por cuanto en este momento procesal, no puede concernirse categóricamente que el mismo debiera haberse realizado dentro de los 18 meses de que habla el Artículo Transitorio 20 de la Carta, ya que, en principio, se trata simplemente de ejecución de las medidas adoptadas dentro del término constitucional.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o.- ADMITESE la demanda presentada por la ciudadana Gladys Arévalo.

En consecuencia, se dispone:

a) Tener como parte demandante a la citada ciudadana.

b) Tener como parte demandada a la Nación Colombiana, representada por los señores Ministro de Hacienda y Crédito Público, Ministro de Trabajo y Seguridad Social y Ministro de Desarrollo Económico, y por el señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.

SECCION PRIMERA

c) Notifíquese personalmente esta decisión a los citados Ministros y, Director del Departamento Administrativo, así como al Superintendente de Sociedades, con entrega de copia de la demanda y sus anexos.

d) De conformidad con el artículo 56 del Decreto 2651 de 1991, notifíquese personalmente la admisión de la demanda a la señora Agente del Ministerio Público ante 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 a la Presidencia de la República, por intermedio de su Secretaría General, el envío de los antecedentes administrativos del decreto acusado dentro del término de diez (10) días, contados a partir de aquél en que reciba el 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 cinco mil pesos (\$5.000.00), en efectivo, dentro de los diez (10) días siguientes al de regreso del expediente a la Secretaria de la Sección.

20.- DECRETASE la suspensión provisional de los efectos de las siguientes frases a los artículos 37, 38 y 55 del decreto 2155 de 1992:

a) "Dentro del término para llevar a cabo el proceso de reestructuración de la Superintendencia a que se refiere este Decreto...", contenida en el artículo 37.

b) "... dentro del plazo de seis (6) meses contados a partir de la fecha de publicación de este Decreto ...", contenida en el artículo 38.

c) "... dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de su vigencia...", contenida en el inciso primero del artículo 55.

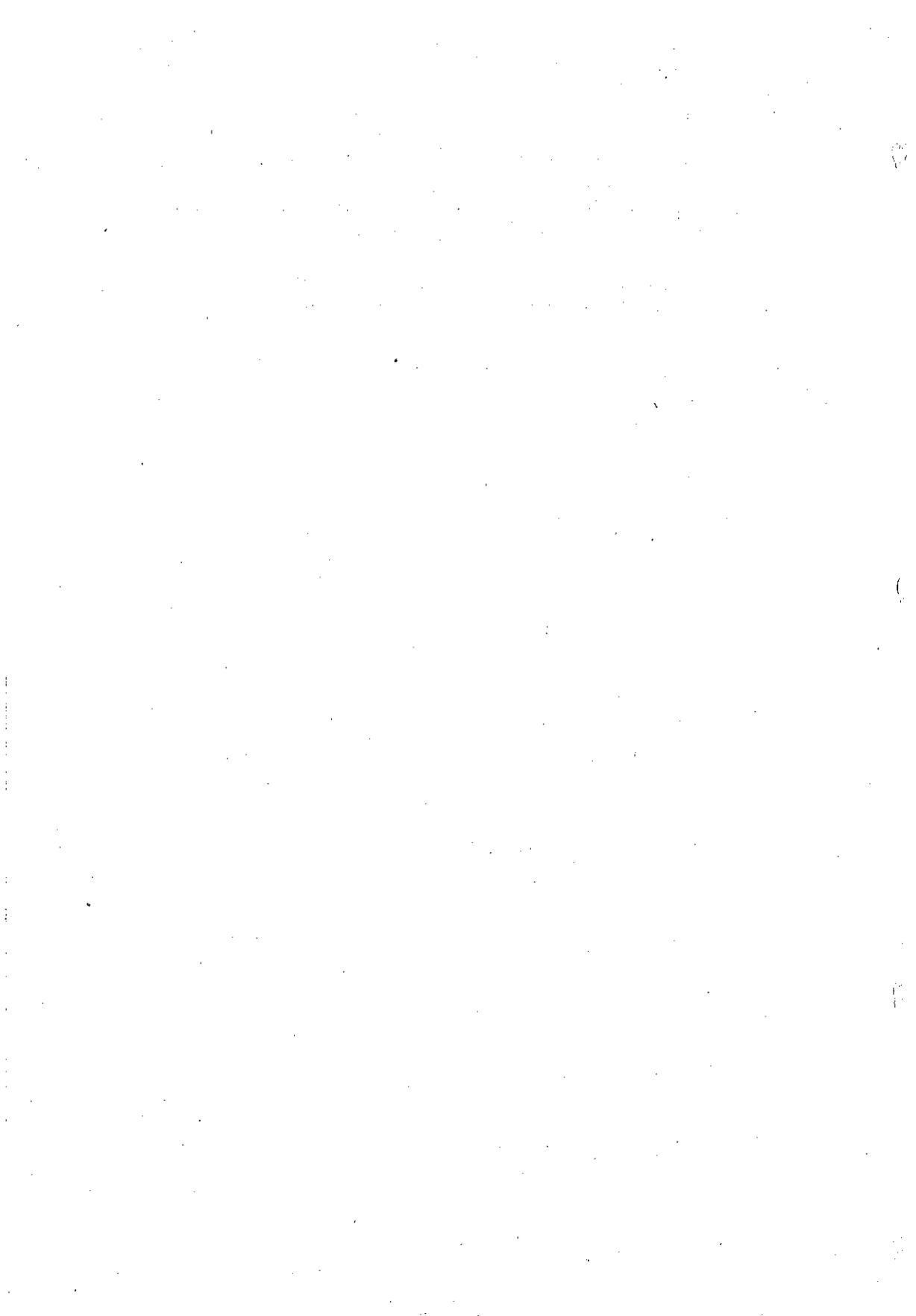
30.- Deniégate la suspensión provisional de los efectos de las demás normas cuya suspensión se solicita.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

EXP. - 2365

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinte de mayo de mil novecientos noventa y tres.

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



Transporte y se suprimen, fusionan y reestructuran entidades de la rama ejecutiva del orden nacional.

Como la demanda reúne los requisitos de ley, habrá de admitirse en la parte resolutive de esta providencia.

SUSPENSION PROVISIONAL.-

Para solicitar el decreto de suspensión provisional del acto acusado, aduce el actor lo siguiente:

1.- Los artículos 67 a 115 del Decreto 2171 de 1992, son inconstitucionales por violación del artículo transitorio 20 de la Constitución Política, extralimitación de funciones y falta de competencia del Gobierno Nacional, por cuanto la precitada norma constitucional no lo facultó para crear entes jurídicos nuevos, sino para reestructurar los existentes, fusionarlos o suprimirlos.

2.- Los artículos 114, 115, 141 a 147 y 160 del mismo Decreto vulneran el artículo transitorio 20 de la Constitución Política, pues dicha norma señaló el límite temporal dentro del cual el Gobierno Nacional podía validamente “reestructurar” las entidades: 18 meses contados a partir de la vigencia de la constitución. Y cuando el Gobierno Nacional pretenda crear la posibilidad de reestructurar la entidad más allá del 7 de Enero de 1.993, excede las atribuciones temporales claramente delimitadas por dicha norma transitoria.

3.- Los artículos 110, 111, 139 a 141; 144 a 146 y 148 a 159, se hallan viciados de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad por extralimitación de funciones e incompetencia, por violar los artículos transitorio 20, 189, 190 y 200 de la Carta Política y por vulnerar las normas legales y reglamentarias que regulan el régimen contractual y convencional de los trabajadores oficiales (Ley 6a. de 1945 y decreto 2127 de 1945), y de los empleados públicos, en cuanto ellas no facultaron al Gobierno Nacional para modificar dicho régimen.

4.- Los artículos 148 a 159 se hallan viciados de nulidad, por violación de las atribuciones constitucionales transitorias del artículo 20, de las demás constitucionales que señalan las funciones del Presidente de la República y del Gobierno Nacional, por extralimitación de funciones e incompetencia, y de la Ley 27 de 1992 artículo 8o., reglamentaria del artículo 125 de la Carta, ya que es evidente que el artículo transitorio 20 no facultó al Gobierno Nacional para crear ni reglamentar el pago de indemnizaciones y bonificaciones a los funcionarios de carrera administrativa, escalafonados, en período de prueba y con nombramiento provisional. En cambio la citada Ley 27 de 1992, norma

SECCION PRIMERA

anterior a los actos acusados, si facultó al Gobierno Nacional para ese efecto, facultad que no utilizó éste.

Para resolver SE CONSIDERA:

Una vez más reitera la Sala la competencia que tiene por mandato expreso del artículo 237 numeral 2o. de la Constitución Política, para conocer de las acciones incoadas contra los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional en uso de la facultad conferida en el artículo transitorio 20 *ibídem*, como quiera que el control de los mismos no le ha sido atribuido a la Corte Constitucional.

1.- En lo que se relaciona con el primer cargo, para la Sala no es suficiente la confrontación de los artículos 67 a 115 del Decreto acusado con la disposición contenida en el artículo transitorio 20 de la Carta Política, para advertir, *prima facie*, la violación aducida, sino que requiere de un análisis concienzudo del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y de las entidades adscritas y vinculadas que lo conforman, antes y después de la reestructuración, que permita establecer en qué consistió la misma, y lo que es más importante, si las modificaciones que se produjeron podían llevarse a cabo o no a través de la facultad prevista en la norma transitoria en cita, todo lo cual no es viable efectuar en esta etapa procesal pues se desnaturalizaría la finalidad y el alcance de la medida precautelativa de suspensión provisional.

2.- En lo concerniente a los cargos tercero y cuarto, es valedera la consideración precedente en lo que toca con la violación del artículo transitorio 20; y en lo que atañe a la violación de la Ley 6a. de 1945 ; del Decreto 2127 del mismo año y de la Ley 27 de 1.992, por parte de los actos enjuiciados, como lo ha expresado la Sala en diversos pronunciamientos, por tener los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional en ejercicio de la atribución conferida en el artículo transitorio 20, la misma fuerza o entidad normativa que la Ley, en atención a las materias que regulan- que guardan relación con las atribuciones que la Carta Política ha reservado al legislador, al Presidente de la República o a otras autoridades-, la aparente o real contradicción entre disposiciones que conservan la misma naturaleza, no puede servir de fundamento para impetrar la nulidad, previa suspensión provisional, ya que se trata de normas jurídicas generales que estarían en la misma jerarquía dentro de la escala normativa y por lo mismo no podría predicarse quebranto de unas por parte de otras de esas disposiciones.

Para el estudio del segundo cargo, es preciso conocer el texto de las normas acusadas, las cuales disponen:

“ARTICULO 114. Transitorio. Adecuación de la Estructura y Planta de Personal. La estructura orgánica del Departamento Administrativo

de Aeronáutica Civil y del Fondo Aeronáutico Nacional determinada en el Decreto 2332 de 1977 y demás normas complementarias, sus funciones así como su respectiva planta de personal, continuarán rigiendo hasta la fecha de promulgación de las providencias que adopten la nueva planta de personal de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, las cuales deberán ser expedidas a más tardar el 31 de Diciembre de 1993.

PARAGRAFO. Exceptúase de lo anterior, lo previsto en el artículo 103, numeral 4.1., inciso segundo, el que se aplicará al momento de entrar en vigencia el presente decreto a la entidad que ejerza las funciones de autoridad aeronáutica”.

“ARTICULO 115. Transitorio. Incorporación en Planta.- Los funcionarios del sector técnico del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil vinculados en la fecha de la vigencia del presente decreto se incorporarán a la planta que adopte el Gobierno Nacional para la Unidad Administrativa especial de Aeronáutica Civil”.

“ARTICULO 141. Supresión de Empleos.- Dentro del término de los procesos que se lleven a cabo para ejecutar las decisiones de suprimir, fusionar o reestructurar las entidades a que se refiere este Decreto, las autoridades competentes suprimirán los empleos o cargos vacantes y los desempeñados por empleados públicos y trabajadores oficiales cuando ellos no fueren necesarios en las respectivas plantas de personal como consecuencia de dichas decisiones”.

“ARTICULO 142. Programa de Supresión de Empleos.- La supresión de empleos o cargos, en los términos previstos en el artículo anterior, se cumplirá de acuerdo con el programa que aprueben las autoridades competentes para ejecutar las decisiones adoptadas, dentro de los plazos definidos en el presente decreto para la reestructuración, fusión o supresión del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y sus entidades adscritas y vinculadas y del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil a que se refiere este decreto”.

“ARTICULO 143. Supresión de Empleos al Vencimiento del Término de la Liquidación.- Al vencimiento del término de liquidación de los organismos o entidades que se ordena suprimirán (sic) en el presente decreto, las autoridades competentes suprimirán los cargos todavía existentes”.

SECCION PRIMERA

“ARTICULO 144. Provisión de Cargos en la Liquidación de Entidades.- Dentro del término previsto para la liquidación de entidades que se suprimen en virtud de lo dispuesto por este decreto, la autoridad competente podrá proveer los cargos que fueren indispensables para llevar a cabo la liquidación. También podrá, dentro del mismo plazo y para los mismos efectos, ordenar el traslado de empleados públicos o trabajadores oficiales a otro cargo o sede, en cuyo caso se reconocerán y pagarán los gastos de traslado previstos en la ley o en las convenciones colectivas. A falta de estipulación expresa, a los trabajadores oficiales se les aplicará lo dispuesto para los empleados públicos”.

“ARTICULO 145. Traslado de Empleados Públicos o Trabajadores Oficiales.- Cuando a un empleado público o trabajador oficial se le suprima el empleo o cargo como consecuencia de la fusión o reestructuración de la entidad, dentro del término previsto para ejecutar estas decisiones, la autoridad competente podrá ordenar su traslado a otro cargo o sede, en cuyo caso se reconocerán y pagarán los gastos de traslado previstos en la ley o en las convenciones colectivas. A falta de estipulación expresa, a los trabajadores oficiales se les aplicará lo dispuesto para los empleados públicos”.

“ARTICULO 146. Incorporación de Funcionarios de la Planta de Personal.- El Ministerio de Transporte y sus entidades adscritas y vinculadas podrán Incorporar directamente a su planta de personal los funcionarios que al momento de la vigencia del presente decreto se encuentren Incorporados a la planta de personal del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y sus entidades adscritas y vinculadas”.

“ARTICULO 147. De las Plantas de Personal.- Cuando la reforma de la planta de personal del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y de sus entidades adscritas y vinculadas y del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, implique solamente la supresión de empleos o cargos, sin modificación de los que se mantengan en la misma, no requerirá autorización previa alguna y se adoptará con la sola expedición del Decreto correspondiente. De esta determinación se informará a la Dirección General del Presupuesto y al Departamento Administrativo del Servicio Civil.

En los demás casos, la modificación de la planta de personal deberá contar con la autorización previa de la Dirección General de Presupuesto en lo que atañe a la disponibilidad presupuestal para la planta propuesta. La citada entidad contará con un término de 30 días hábiles a partir de la fecha de la solicitud, vencido el cual, si no hubiere pronunciamiento, se entenderá que ésta fue aprobada.

Además de lo anterior, se requerirá la aprobación del Departamento Administrativo del Servicio Civil que la revisará con el único fin de constatar si los cargos se ajustan a las normas vigentes sobre clasificación y nomenclatura. Para estos efectos dicha entidad contará con un término de 15 días hábiles a partir de la fecha de la solicitud, vencido el cual, si no hubiere pronunciamiento alguno, se entenderá que ésta fue aprobada”.

“ARTICULO 160. Adecuación de la Estructura Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y Transporte a la del Ministerio de Transporte.- La estructura orgánica, el presupuesto y las funciones del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y de sus entidades adscritas y vinculadas que se encuentren mediante el presente decreto, así como su respectiva planta de personal, continuarán rigiendo hasta la fecha en que se promulguen las normas que adopten las nuevas plantas de personal para el Ministerio de Transporte y sus entidades adscritas y vinculadas, y se produzcan las respectivas incorporaciones. Dichas normas deberán expedirse a más tardar el 31 de diciembre de 1993.

PARAGRAFO. Para los efectos establecidos en el presente artículo, la Junta Directiva de los establecimientos públicos que se reestructuran en el presente decreto deberá ser integrada con anterioridad al término aquí establecido, para que, con el pleno ejercicio de sus funciones, adopte las medidas necesarias para garantizar la continuidad en la prestación de los servicios a su cargo y, en especial, para que adopte y presente al Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte los proyectos de presupuesto, estructura Interna y planta de personal de la respectiva entidad”.

Esta Corporación en reiterados pronunciamientos, al analizar el término de 18 meses previsto en el artículo transitorio 20, ha considerado que tiene un carácter perentorio. de tal manera que la prórroga del mismo, como en este caso, hasta el 31 de Diciembre de 1993 -cuando la facultad del Gobierno Nacional venció el 7 de enero del mismo año-, no solo constituye un exceso por parte de este sino que ello trae consigo una falta de competencia, dado que vencido aquél la regulación de las materias contenidas en los Decretos expedidos amparados en dicha norma constitucional corresponde hacerlas bien sea al Congreso, al Presidente de la República o a otras autoridades según el caso.

Por esta razón se accederá al decreto de suspensión provisional de las expresiones de algunos de los artículos transcritos que constituyen expresamente una ampliación de tal plazo, como es el caso de las siguientes:

SECCION PRIMERA

“...las cuales deberán ser expedidas a más tardar el 31 de diciembre de 1993, contenida en el artículo 114 *in fine*.

“Dentro del término de los procesos que se lleven a cabo para ejecutar las decisiones de suprimir, fusionar o reestructurar ...”, contenida en el artículo 141.

“... en los términos previstos en el artículo anterior...” y “dentro de los plazos definidos en el presente decreto”, contenidas en el artículo 142.

“... dentro del término previsto para ejecutar estas decisiones...”, contenida en el artículo 145.

“...Dichas normas deberán expedirse a más tardar el 31 de diciembre de 1993”, contenida en el artículo 160 parte final.

Las demás disposiciones acusadas por no estar supeditadas al plazo a que se ha hecho referencia, obviamente no quedan cobijadas por la medida precautelativa de la suspensión provisional.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1o. **ADMITASE** la demanda presentada por el ciudadano **JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ**, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C A., contra los artículos 67 a 115 y 139 a 160 del Decreto 2171 de 30 de Diciembre de 1.992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte y se suprimen, fusionan y reestructuran entidades de la rama ejecutiva del orden nacional.

2o. **NOTIFIQUESE** personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada ante lo Contencioso de esta Corporación,

3o. **NOTIFIQUESE** personalmente con entrega de copia de la demanda y de sus anexos, a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Trabajo y Seguridad Social, Obras Públicas y Transporte y de Comercio Exterior; a los señores Jefes de los Departamentos Nacional de Planeación, Administrativo de la Función Pública y Administrativo de Aeronáutica Civil; y a los Directores del Intra, del Fondo Nacional de Caminos Vecinales y del Fondo de Inmuebles Nacionales.

4o. **FIJESE** 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.

5o. **DEPOSITE** la parte actora en la Secretaría de la Sección la suma de cinco mil pesos (\$5.000.00) , para atender los gastos ordinarios del proceso.

6o. **SOLICITASE** a la Oficina Jurídica de la Presidencia de la República, el envío de los antecedentes administrativos.

7o. **DECRETASE** la suspensión provisional de las expresiones “ ... las cuales deberán ser expedidas a más tardar el 31 de diciembre de 1.993”, contenida en el artículo 114 del acto acusado; “Dentro del término de los procesos que se lleven a cabo para ejecutar las decisiones de suprimir, fusionar o reestructurar...”, contenida en el artículo 141, “ ... en los términos previstos en el artículo anterior..” y, “...dentro de los plazos definidos en el presente decreto...”, contenidas en el artículo 142; “...dentro del término previsto para ejecutar estas decisiones”, contenida en el artículo 145, y “ ... dichas normas deberán expedirse a más tardar el 31 de diciembre de 1.993”, contenida en la parte final del artículo 160, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

8o. **DENIEGASE** la suspensión provisional de las demás disposiciones acusadas.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de 20 de mayo de 1993.

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

**DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES
CONSTITUCIONALES - Temporalidad / TELECOM
Reestructuración / PLANTA DE PERSONAL**

Facultades otorgadas al Gobierno Nacional mediante el Artículo Transitorio 20 de la Constitución eran excepcionales no solo desde el punto de vista temporal y desde el punto de vista del objetivo o finalidad sino también desde el punto de vista de la materia, en cuanto, por ser excepcionales, ellas reunían en cabeza del ejecutivo, durante el período citado, todas las competencias relacionadas con la supresión, fusión y reestructuración de entidades, estuvieran ellas, en virtud de las normas permanentes, ya fuera en cabeza del Congreso, del mismo gobierno o de otras autoridades.

Por lo mismo agotado el término de las facultades excepcionales, las diversas competencias regresan a sus titulares permanentes: unas al Congreso y al Presidente de la República, según la Constitución; y otras, a las diferentes autoridades administrativas que puedan tenerlas, conforme con la ley. **NOTA DE RELATORIA** :Mediante auto de 21 de mayo de 1993

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso administrativo - Sección Primera
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente : *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2370. Actor: ALIRIO URIBE MUÑOZ.

El ciudadano Alirio Uribe Muñoz, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., acude ante esta Corporación para

demandar, previa suspensión provisional, la declaratoria de nulidad de los artículos 1o., 2o., numerales 3 y 4, 5o., 9o. y 10o. inciso primero del Decreto 2123 de 29 de diciembre de 1992, "Por el cual se reestructura la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM-", expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones conferidas por el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política.

A pesar de que a la demanda no se acompaña copia hábil, sino simple, del Decreto acusado, como lo exige el artículo 139 del C.C.A., la Sala, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, "Por el cual se expiden normas para descongestionar los despachos judiciales", tendrá dicha copia como auténtica.

De otra parte, y no obstante que en la demanda no se designan "... las partes y sus representantes", como impone el artículo 137-1 del C.C.A., la Sala, con fundamento en el poder de interpretación de la demanda que le ha sido reconocido al juez administrativo por la jurisprudencia, y en aplicación del principio de la prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 228 de la Carta Política, entiende que es parte demandante el ciudadano que acciona y parte demandada la Nación Colombiana, representada por los señores Ministro de Hacienda y Crédito Público, Ministro de Trabajo y Seguridad Social y Ministro de Comunicaciones, y por el señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, quienes, junto con el señor Presidente de la República, suscriben el Decreto cuya nulidad parcial se solicita.

Con las anteriores aclaraciones y dado que la demanda reúne los demás requisitos consagrados en el artículo 137 del C.C.A., será admitida en la parte resolutive de esta providencia.

1.- SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En *acápite* especial de la demanda el demandante solicita la suspensión provisional de los artículos 1o., 2o. numerales 3 y 4, 5o., 9o. y 10o. inciso primero del Decreto 2123 de 1992, con fundamento en las razones que, en forma resumida, se expresan a continuación

1o.- Los artículos 1o. y 5o. incurren en violación manifiesta de los artículos 150-7, 210 y 20 Transitorio de la Constitución Política, pues al crearse "...en la estructura del Estado una nueva Empresa Industrial y Comercial del Estado, lo cual sólo lo puede hacer el Congreso mediante una ley, el Gobierno Nacional excedió sus facultades e invadió la competencia privativa que por mandato constitucional le otorgó al Congreso..."

SECCION PRIMERA

De otra parte, la violación del Artículo Transitorio 20, en concordancia con los artículos 113 y 237-3 de la Carta, se evidencia por el hecho de que el Gobierno Nacional expidió "... los Decretos de Modernización..." (sic) sin tener en cuenta que para ello necesariamente deberá oír la evaluación y recomendaciones de la Comisión de expertos de que habla la primera de las mencionadas disposiciones constitucionales. Además, el alcance de los verbos rectores del Artículo 20 Transitorio, es decir, suprimir, fusionar y estructurar, no facultaban al Gobierno para cambiar la naturaleza jurídica de TELECOM, como lo manifestaron, en el memorando de 5 de diciembre de 1992, los Consejeros de Estado que participaron en la referida Comisión de expertos.

2o.- "Los artículos acusados" y, en especial, el artículo 2o. del Decreto 2123 de 1992 desconocen los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, propios de la función administrativa y que se encuentran consagrados en el artículo 209 de la Constitución, pues si la finalidad de la reestructuración era poner a TELECOM en consonancia con ellos, las normas cuya suspensión provisional se solicita contribuyen a romper el monopolio de las comunicaciones en cabeza del Estado y ... (...)... es necesaria una ley de gestión en los términos propuestos por los trabajadores y como consta en los acuerdos suscritos con el Gobierno Nacional".

De otra parte, estima el accionante, "No debe autorizarse la implantación de redes paralelas de telecomunicaciones a las ya existentes, pues las nuevas tecnologías apuntan hacia una red única...", que permitan una mejor utilización de los recursos humanos, técnicos y económicos.

3o.- El artículo 9o. del Decreto acusado infringe abiertamente el Artículo Transitorio 20 de la Constitución, por cuanto, desconociendo el término de 18 meses allí establecido, el Gobierno prorrogó en 3 meses más las atribuciones que le fueron conferidas y "... dejó vencer los términos para reestructurar a TELECOM y finalmente no solo amplió el término sino que delego su función constitucional en la Junta Directiva de TELECOM y en otras autoridades revistiéndolas de facultades para adoptar estatutos internos y otras atribuciones no precisadas para la organización y funcionamiento de la entidad".

Por las anotadas razones, el artículo 10o. del Decreto acusado también incurre en transgresión del artículo 4o. de la Carta Política.

4o.- El artículo 10o. inciso primero del Decreto 2123 de 1992 contraria los artículos 20 Transitorio y 4o. de la Constitución, pues, "... fuera del término de 18 meses, el Gobierno Nacional autorizó a la Junta Directiva para modificar la Estructura Interna de la Empresa, la planta de personal, la autorizó para crear cargos o suprimirlos o fusionarlos..."

De otra parte, y por las mismas razones expuestas en la segunda parte del cargo formulado en contra de los artículos 1o. y 5o. del Decreto demandado, el artículo 10o. incurre en violación de los artículos 20 Transitorio, en concordancia con los artículos 113,150-7 y 237-3 de la Constitución Política.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término, la Sala reitera su competencia para ejercer el control constitucional de los decretos dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones que le confirió el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política, en virtud de la cláusula residual de competencia que al Consejo de Estado le atribuye el numeral 2 del artículo 237 de la misma Carta.

1o.- En cuanto a la solicitud de suspensión provisional de los artículos 1o. y 5o. del Decreto 2123 de 1992, y una vez realizada la debida confrontación con los artículos 150-7, 210 y 20 Transitorio de la Constitución, la Sala no aprecia prima facie su transgresión, puesto que, para llegar a las mismas o a diferentes conclusiones de las que plantea el accionante, habría de precederse a laboriosos análisis a fin de determinar el límite de las atribuciones otorgadas al Gobierno Nacional por el Artículo 20 Transitorio, propios de la sentencia y, por tanto, extraños a este momento procesal.

Por lo que respecta al cargo de violación del citado Artículo 20 Transitorio, 113 y 237-3 de la Carta, por cuanto, según el actor, al expedirse los “... Decretos de Modernización” el Gobierno no tuvo en cuenta las recomendaciones que le fueron formuladas por la Comisión de expertos, la Sala considera que el estudio y análisis de la referida situación de hecho, así como lo referente al grado de obligatoriedad de las citadas recomendaciones, tampoco corresponden a esta etapa procesal, sino a la sentencia que defina el fondo del asunto.

2o.- En lo referente al cargo consistente en que las normas demandadas, en especial el artículo 2o., desconocen los principios consagrados en el artículo 209 de la Carta, la Sala considera que no tiene vocación alguna de prosperar, pues el mismo se sustenta en simples afirmaciones subjetivas del actor, carentes del respaldo argumental y probatorio necesario para constatar la contradicción “manifiesta” de las normas superiores que la ley exige, para la medida de suspensión provisional, además de que incluye consideraciones de conveniencia técnica y económica respecto de las redes paralelas y la red única de comunicaciones, que son extrañas al análisis jurídico que corresponde al juez administrativo.

3o.- El artículo 9o. del Decreto 2123 de 1992, sobre el cual también recae la solicitud de suspensión provisional, es del siguiente tenor literal:

SECCION PRIMERA

ARTICULO 9o.- TRANSITORIO.- Dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia del presente Decreto, la Junta Directiva de Telecom y las demás autoridades, adoptarán los estatutos internos y las demás disposiciones necesarias para la organización y funcionamiento de la entidad. Mientras se expidan éstos, se continuarán aplicando las normas legales, los estatutos internos y las normas reglamentarias vigentes a la fecha de su reestructuración”.

En cuanto a la solicitud de suspensión provisional del artículo 9o. acusado, la Sala considera que las facultades otorgadas al Gobierno Nacional mediante el Artículo Transitorio 20 de la Constitución eran excepcionales no solo desde el punto de vista temporal (dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución) y desde el punto de vista del objetivo o finalidad (poner las entidades de la rama ejecutiva “en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece”), sino también desde el punto de vista de la materia, en cuanto, por ser excepcionales, ellas reunían en cabeza del ejecutivo, durante el período citado, todas las competencias relacionadas con la supresión, fusión y reestructuración de las entidades, estuvieran ellas, en virtud de las normas permanentes, ya fuera en cabeza del Congreso, del mismo gobierno o de otras autoridades.

Por lo mismo agotado el término de las facultades excepcionales, las diversas competencias regresan a sus titulares permanentes: unas al Congreso y al Presidente de la República, según la Constitución; y otras, a las diferentes autoridades administrativas que puedan tenerlas, conforme con la ley.

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que, en el caso concreto del artículo 9o. del Decreto 2123 de 1992, con fundamento en el Artículo Transitorio 20 de la Constitución el gobierno no podía ampliar el término para ejercer las facultades previstas en el mismo.

En consecuencia, procede la suspensión provisional de la norma acusada en este cargo, en la expresión: “Dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia del presente Decreto”.

4o.- El artículo 1o., inciso primero del Decreto acusado dispone lo siguiente:

“ARTICULO 10o.- Adecuación de la estructura interna y de la planta de personal y autorizaciones presupuestales.- La Junta Directiva procederá a determinar las modificaciones a la estructura interna de la empresa, la planta de personal, pudiéndose crear, suprimir plazas vacantes o fusionar los cargos”.

De la lectura de la norma transcrita y de su confrontación con las disposiciones constitucionales invocadas por el solicitante de la medida, la Sala no encuentra que ella contravenga en forma manifiesta los mandatos de estas últimas, pues el artículo 24 del Decreto Ley 3130 de 1968 atribuye a las juntas o consejos directivos de las empresas Industriales y comerciales del Estado la función permanente de determinar su estructura interna, y el artículo 40 del mismo estatuto establece que la creación, supresión y fusión de cargos en las citadas empresas se hará conforme a sus estatutos, aspectos estos a los cuales, precisamente, se refiere. la norma cuya suspensión provisional se solicita.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

RESUELVE:

1o.- ADMITESE la demanda presentada por el ciudadano Alirio Uribe Muñoz.

En consecuencia, se dispone :

- a) Tener como parte demandante al citado ciudadano.
- b) Tener como parte demandada a la Nación Colombiana, representada por los señores Ministro de Hacienda y Crédito Público, Ministro de Trabajo y Seguridad Social y Ministro de Comunicaciones, y por el señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.
- c) Notifíquese personalmente esta decisión a los citados Ministros y Director del Departamento Administrativo y al Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM-, como entidad interesada en las resultas del proceso, con entrega de copia de la demanda y sus anexos.
- d) De conformidad con el artículo 56 del decreto 2651 de 1991, notifíquese personalmente la admisión de la demanda a la señora Agente del Ministerio Público ante 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 a la Presidencia de la República, por intermedio de su Secretaria General, el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado

SECCION PRIMERA

dentro del término de diez (10) días, contados a partir de aquél en que reciba el 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 cinco mil pesos (\$5.000.00), en efectivo, dentro de los diez (10) días siguientes al de regreso del expediente a la Secretaría de la Sección.

2o.- **DECRETASE** la suspensión provisional de los efectos del artículo 9o. del Decreto 2123 de 1992, en la expresión: "Dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia del presente Decreto"

3o.- **Deniébase** la suspensión provisional de los efectos de las demás normas cuya suspensión se solicita.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinte de mayo de mil novecientos noventa y tres.

LOS CONSEJEROS,

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

**MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA - Reestructuración /
NORMA CONTITUCIONAL TRANSITORIA / SUPRESION DE
EMPLEOS.**

La Sala observa que en virtud del artículo transitorio 20 la Asamblea Nacional Constituyente le confirió facultades al Gobierno Nacional por el término de 18 meses, contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, para reestructurar, fusionar o suprimir las entidades de la Rama Ejecutiva, los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales y las Sociedades de Economía Mixta del orden nacional, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la nueva Carta y, especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece. La Sala ha considerado que la función de reestructurar lleva ínsita la de supresión de empleos y que el Gobierno Nacional tenía un plazo improrrogable de 18 meses que venció el 7 de Enero de 1993, para ejercitarla. Igualmente ha estimado que terminado el plazo dichas facultades regresaban a sus titulares permanentes por mandato de la Constitución o de la Ley, esto es, al Congreso, al Presidente de la República y a otras autoridades administrativas. **SUSPENDE PROVISIONALMENTE** las siguientes expresiones contenidas así : a)“...Dentro del término del proceso que se lleve a cabo para ejecutar la decisión de reestructurar la entidad a que se refiere este Decreto...”, en el artículo 49 del Decreto acusado. b)“...dentro del plazo de doce (12) meses contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto”, en el artículo 50 *ibídem.* c) “...dentro del término previsto para ejecutar esta decisión...”, en el artículo 51 *ibídem.* d)“...dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de su vigencia...”, en el artículo 65 *ibídem.*

SECCION PRIMERA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2373. Acción: Nulidad. Actor: HECTOR ROMANO MARUN.

El ciudadano y abogado Héctor Romano Marún, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha ocurrido ante esta Corporación a demandar la nulidad, previa suspensión provisional, del Decreto 2119 de 29 de Diciembre de 1992 **“por el cual se reestructura el Ministerio de Minas y Energía, el Instituto de Asuntos Nucleares, IAN y Minerales de Colombia S.A., MINERALCO”**, expedido por el Gobierno Nacional, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

I.- LA ADMISION DE LA DEMANDA.

Como la demanda y sus anexos se ajustan a las formalidades 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.- Presentada dentro del texto del libelo demandatario, aparece sustentada, así:

1º): La suspensión provisional del Decreto 2119 acusado o de sus artículos 45, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 65 y 66 es procedente por contener implícitamente la decisión de continuar la reestructuración del Ministerio de Minas y Energía y del IAN dentro del término de doce (12) meses contados a partir de la publicación de dicho Decreto, esto es, del 31 de Diciembre de 1992, siendo violatorios del artículo 20 transitorio de la Constitución Nacional, el cual estableció que el ejercicio de la autorización transitoria debía efectuarla el Gobierno Nacional dentro del improrrogable término de dieciocho (18) meses que señaló para tal objetivo, el cual venció el 3 de Enero de 1993, pues la entrada en vigencia de la Constitución se produjo el 4 (sic) de Julio de 1991, día de su promulgación, de acuerdo con el artículo 380 de la Carta.

Agrega que sustenta, además, la petición de suspensión provisional, con base en el auto dictado por el Consejero que elabora esta ponencia en uno de

los procesos seguidos contra el Decreto de reestructuración del Sena y en los argumentos expuestos en los numerales 2° y 3° del tercer cargo formulado en la demanda, en el primero de los cuales reitera los términos de la censura antes formulada por violación del artículo transitorio 20 frente a los artículos 49, 50, 51, 62 y 65 del Decreto 2119 de 1992, acusado, añadiendo que las facultades otorgadas al Gobierno en dicha norma constitucional eran transitorias, pues por su naturaleza legislativa corresponden ordinariamente al Congreso, razón por la cual debían ejercitarse en el improrrogable término de dieciocho (18) meses.

Sin embargo, el Decreto acusado amplía a doce meses más la reestructuración aludida olvidando que las facultades legislativas transitorias no podían ampliarse, prorrogarse o posponerse después de vencido el término constitucional previsto.

En síntesis, la facultad legal para reestructurar terminó el 3 de Enero de 1993 y ya no se puede efectuar en razón a que la Asamblea Nacional Constituyente no autorizó su prórroga.

En el numeral 3° del tercer cargo de la demanda, al cual se remite, manifiesta que el artículo 45 del Decreto demandado delegó en la Junta Directiva del Instituto de Asuntos Nucleares la facultad de introducir modificaciones a la estructura interna y la planta de personal, lo cual constituye una delegación de las funciones constitucionales otorgadas por el artículo 20 transitorio al Gobierno Nacional y radicarlas en cabeza de la Junta Directiva del mismo Instituto, circunstancia que lleva a concluir que ya no será el Gobierno el que va a reestructurar dicho establecimiento público sino su Junta Directiva, para lo cual no fue autorizado el Instituto.

II.2.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar, reitera la Sala, como lo ha venido haciendo en otras providencias, su competencia para ejercer el control de constitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones otorgadas por el artículo transitorio 20, como el 2119 de 29 de Diciembre de 1992 demandado, en aplicación de la cláusula residual de competencia consagrada en el ordinal 2° del artículo 237 de la nueva Constitución.

En cuanto concierne al análisis de la solicitud, cabe tener en cuenta que los artículos 45, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 65 y 66 del Decreto acusado son del siguiente tenor:

SECCION PRIMERA

“ARTICULO 45. Estructura Interna y Planta de Personal.- La Junta Directiva introducirá las modificaciones que sean necesarias a la estructura interna y a la planta de personal del INEA para el cabal cumplimiento de la función asignada en el artículo anterior.

ARTICULO 47. Campo de aplicación.- Las normas del presente Capítulo serán aplicables a los empleados públicos que sean desvinculados de sus empleos o cargos como resultado de la reestructuración de la entidad, en aplicación de lo dispuesto por el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política.

Para los efectos de la aplicación de este Decreto, se requiere que la supresión del empleo o cargo tenga carácter definitivo, es decir, que no se produzca incorporación en la nueva planta de personal de la entidad.

ARTICULO 48. Terminación de la vinculación.- La supresión de un empleo o cargo como consecuencia de la reestructuración de la entidad, dará lugar a la terminación del vínculo legal y reglamentario de los empleados públicos.

Igual efecto se producirá cuando el empleado público, en el momento de la supresión del empleo o cargo, tenga causado el derecho a una pensión de jubilación y se le suprima el empleo o cargo como consecuencia de la reestructuración del Ministerio de Minas y Energía.

ARTICULO 49. Supresión de Empleos.- Dentro del término del proceso que se lleve a cabo para ejecutar la decisión de reestructurar la entidad a que se refiere este Decreto, la autoridad competente suprimirá los empleos o cargos vacantes y los desempeñados por empleados públicos cuando ellos no fueren necesarios en la respectiva planta de personal como consecuencia de dicha decisión.

ARTICULO 50. Programa de Supresión de Empleos.-La supresión de empleos o cargos, en los términos previstos en el artículo anterior, se cumplirá de acuerdo con el programa que apruebe la autoridad competente para ejecutar las decisiones adoptadas, dentro del plazo de doce (12) meses contados a partir de la fecha de publicación del presente Decreto.

ARTICULO 51. Traslado de empleados públicos.- Cuando a un empleado público se le suprima el empleo o cargo como consecuencia de la reestructuración del Ministerio de Minas y Energía, dentro del término previsto para ejecutar esta decisión, la autoridad competente podrá ordenar

su traslado a otro cargo o sede, en cuyo caso se reconocerán y pagarán los gastos de traslado, previstos en la ley.

ARTICULO 52. De las Plantas de Personal.- Cuando la reforma de la planta de personal de la entidad implique solamente la supresión de empleos o cargos, sin modificación de los que se mantengan en la misma, no requerirá de autorización previa alguna y se adoptará con la sola expedición del Decreto correspondiente. De esta determinación se informará a la Dirección General del Presupuesto y al Departamento Administrativo del Servicio Civil.

En los demás casos, la modificación de la planta de personal deberá contar con la autorización previa de la Dirección General del Presupuesto en lo que atañe a la disponibilidad presupuestal para la planta propuesta. La citada entidad contará con un término de 30 días hábiles a partir de la fecha de la solicitud, vencido el cual, si no hubiere pronunciamiento, se entenderá que ésta fue aprobada.

Además de lo anterior, se requerirá la aprobación del Departamento Administrativo del Servicio Civil que la revisará con el único fin de constatar si los cargos se ajustan a las normas vigentes sobre clasificación y nomenclatura. Para estos efectos dicha entidad contará con un término de 15 días hábiles a partir de la fecha de la solicitud, vencido el cual, si no hubiere pronunciamiento alguno, se entenderá que ésta fue aprobada.

ARTICULO 65. Planta de Personal.- El Gobierno establecerá la planta de personal del Ministerio de acuerdo con la estructura y funciones fijadas en este Decreto, dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de su vigencia. Dicha planta entrará a regir para todos los efectos legales y fiscales a partir de la fecha de su publicación.

ARTICULO 66. Atribuciones de los Funcionarios de la Planta Actual.- Las funciones de la planta actual del Ministerio continuara ejerciendo las atribuciones a ellos asignadas, hasta tanto sea expedida la nueva planta de personal acorde con la estructura que se establece en el presente Decreto”.

Dos son las censuras que plantea el demandante en contra de dichos artículos: la primera, frente a todos los artículos acusados en cuanto en ellos se prórroga el plazo de 18 meses que le confirió al Gobierno Nacional el artículo transitorio 20; y, la segunda, respecto del artículo 45, en cuanto el Gobierno delegó en la Junta Directiva del Instituto de Asuntos Nucleares las funciones

SECCION PRIMERA

que le fueron otorgadas por el artículo transitorio 20, sin estar autorizado para ello.

En orden a decidir, la Sala observa, que en virtud del artículo transitorio 20 la Asamblea Nacional Constituyente le confirió facultades al Gobierno Nacional por el término de 18 meses, contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, para reestructurar, fusionar o suprimir las entidades de la Rama Ejecutiva, los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales y las Sociedades de Economía Mixta del orden nacional, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la nueva Carta y, especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

La Sala ha considerado que la función de reestructurar lleva ínsita la de supresión de empleos y que el Gobierno Nacional tenía un plazo improrrogable de 18 meses que venció el 7 de Enero de 1993, para ejercitarla. Igualmente ha estimado que terminado el plazo dichas facultades regresaban a sus titulares permanentes por mandato de la Constitución o de la Ley, esto es, al Congreso, al Presidente de la República y a otras autoridades administrativas.

Al confrontar la preceptiva del artículo transitorio 20 con los artículos transcritos y acusados, la Sala advierte sin mucho esfuerzo que deben suspenderse provisionalmente, por infringir en forma manifiesta a aquél, por cuanto exceden el plazo allí previsto, las siguientes expresiones contenidas así:

“... Dentro del término del proceso que se lleve a cabo para ejecutar la decisión de reestructurar la entidad que se refiere este Decreto...”, en el artículo 49 del Decreto acusado.

“... dentro del plazo de doce (12) meses contados a partir de la fecha de la publicación del presente Decreto”, en el artículo 50 *ibidem*.

“...dentro del término previsto para ejecutar esta decisión...”, en el artículo 51 *ibidem*.

“... dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de su vigencia...”, en el artículo 65 *ibidem*.

En cuanto toca con la censura del artículo 45, la Sala considera que al autorizarse en él a la Junta Directiva del Instituto de Ciencias Nucleares y Energías Alternativas -INEA- para que introduzca las modificaciones que sean necesarias a la estructura interna y a la planta de personal de dicho Instituto, en

principio, no contraría el artículo transitorio 20 ya que el Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad de reestructuración bien podía asignar competencias a otras autoridades, como la Junta Directiva en referencia, para cumplir las funciones que fueran consecuencia de aquélla, amén de que pueden ser reiteración de competencias ya radicadas en ellas.

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

RESUELVE :

I-. Admítase la demanda presentada por el ciudadano y abogado Héctor Romano Marún contra el Decreto 2119 de 29 de Diciembre de 1992. En consecuencia, se dispone:

a): Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado.

b): Notifíquese personalmente a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Minas y Energía, de Trabajo y Seguridad Social, y al señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública; al señor Director del Instituto de Ciencias Nucleares y Energías Alternativas -INEA y al señor Director de Minerales de Colombia S.A. -MINERALCO, por ser entidades con interés directo en las resultas del proceso. Entrégueseles copia de la demanda y sus anexos.

c): Fíjese el proceso 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): Solicítase a la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República que en el término de ocho (8) días envíe los antecedentes administrativos correspondientes al acto acusado. 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 2867 de 1989, deposite el actor la suma de cinco mil pesos (\$5.000,00) moneda corriente, dentro de los diez (10) días siguientes al del regreso del expediente a la Secretaría.

II-. Tiénese como demandante al ciudadano y abogado Héctor Romano Marún y como demandadas a la Nación -Ministerios de Hacienda y Crédito

SECCION PRIMERA

Público, de Minas y Energía, de Trabajo y Seguridad Social y Departamento Administrativo de la Función Pública.-

III-. Decrétase la suspensión provisional de las siguientes expresiones contenidas así:

a): "...Dentro del término del proceso que se lleve a cabo para ejecutar la decisión de reestructurar la entidad a que se refiere este Decreto...", en el artículo 49 del Decreto acusado.

b): "...dentro del plazo de doce (12) meses contados a partir de la fecha de publicación del presente Decreto", en el artículo 50 *ibidem*.

c): "...dentro del término previsto para ejecutar esta decisión...", en el artículo 51 *ibidem*.

d): "...dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de su vigencia..."., en el artículo 65 *ibidem*.

IV-. Deniéase la suspensión provisional de los demás artículos del Decreto acusado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 20 de Mayo de 1.993.-

Miguel González Rodríguez, Presidente; Libardo Rodríguez Rodríguez, Ernesto Rafael Aríza Muñoz, Yesid Rojas Serrano.

**ICEL - Reestructuración / PLANTA DE PERSONAL / DECRETO
LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES -
Temporalidad**

Con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución, el Gobierno no podía establecer un término adicional para la modificación de la estructura interna y de la planta de personal del ICEL, por fuera del término que tenía para ejercer las facultades excepcionales

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2378 Decretos del Gobierno. Actor:
RAFAEL MANTILLA RUIZ.

El estudiante Rafael Mantilla Ruíz en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C. C. A., formula demanda para que el Consejo de Estado, previa suspensión provisional declare nulo los artículos 1o, 2o, 3o, 4o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10o, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 y 29 del decreto No. 2120 de 29 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, "Por el cual se modifican los estatutos básicos del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica -ICEL-".

Como quiera que la demanda reúne los requisitos establecidos en la ley, la Sala deberá admitirla y ordenar su trámite, tal como se dispone en la parte resolutive de esta providencia.

SECCION PRIMERA

LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En capítulo especial el actor, con fundamento en los artículos 238 de la Constitución Nacional; 152, inciso 2o., y 157 del Decreto 01 de 1984 solicita la suspensión provisional de las normas acusadas. A resolver tal solicitud procede la Sala, previas las siguientes CONSIDERACIONES:

Según el accionante aparece *prima facie* la contradicción entre el acto impugnado y los preceptos vigentes al momento de expedirse aquél, ya que el Gobierno Nacional se excedió en sus facultades al transformar al "ICEL" de establecimiento público a empresa industrial y comercial.

Respalda además la petición de la medida cautelar en las razones que en forma resumida se expresan a continuación:

1o. Para la expedición del acto acusado, no se tuvieron en cuenta las recomendaciones de la Comisión para la "modernización del Estado", encargadas de evaluar la viabilidad de las "fusiones, supresiones y reestructuraciones", en especial las de los expertos en derecho administrativo.

2o. El Gobierno se excedió en sus facultades al darle a la Junta Directiva del ICEL, seis (6) meses a partir de la vigencia del Decreto para estructurar la planta de personal, ya que tal facultad no iba sino hasta el 7 de enero de 1993.

3o. Con el artículo 28 del acto impugnado se viola flagrantemente el artículo 345 de la Constitución Nacional, pues si el Decreto empezó a regir el día de su publicación, previamente debía existir la partida presupuestal decretada por el Congreso para tal efecto, y así existiere su finalidad no se cumpliría, pues el ICEL no fue suprimido, fusionado y mucho menos reestructurado, ni está en consonancia con la Reforma Constitucional, ni con la redistribución de competencias.

4o. La naturaleza jurídica de los actos que regulan la materia laboral dentro de los actos acusados, es la misma del Decreto 1660 de 1991, ya que recogen las causales ilegales de indemnización y bonificación que estatúa el Decreto en detrimento de los derechos mínimos de los empleados estatales en la carrera administrativa.

5o. Se desconocieron las normas supralegales reseñadas al abrogarse el Gobierno Nacional facultades que no tenía al respecto y que no le correspondían.

Como en otras ocasiones manifiesta la Sala su competencia para conocer en ejercicio del control jurisdiccional de los decretos dictados por el Gobierno

Nacional en ejercicio de las atribuciones que le confirió el artículo transitorio 20 de la Constitución Política, en virtud de la competencia residual que al Consejo de Estado le atribuye el numeral 2o. del artículo 237 de la misma Carta.

Ha dicho ya esta Sala que para definir si hubo exceso por parte del Gobierno en el ejercicio de las facultades otorgadas en el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, no es suficiente hacer una simple comparación entre las normas acusadas con las que se consideren violadas, sino que es necesario dilucidar y determinar a través de análisis y disquisiciones que van más allá de la simple y elemental confrontación de normas, hasta dónde llegaban esas facultades y en especial la relativa a la reestructuración de las entidades a que se refiere dicho artículo transitorio 20, y en este caso concreto a la modificación de los estatutos básicos del ICEL.

Así mismo, en un estudio que no es procedente en este momento procesal, habría que determinarse si era necesario o no modificar los estatutos del ICEL para poner la entidad en consonancia con la nueva Constitución, o si por el contrario, antes de la expedición del nuevo ordenamiento constitucional, ya el organismo armonizaba con la voluntad del Constituyente.

Respecto a la violación manifiesta del artículo 345 de la Constitución Nacional por parte del artículo 28 del Decreto acusado, se tiene lo siguiente:

De conformidad con el ordenamiento constitucional precitado, no se podrá hacer erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gastos, ni podrá hacerse ningún gasto que no haya sido decretado por el Congreso, por las Asambleas Departamentales o por los Concejos Distritales o Municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no puesto en el respectivo presupuesto.

Por su parte, el artículo 28 del Decreto acusado, dispone que “El Gobierno Nacional efectuará las operaciones y los traslados presupuestales que se requieran para la cumplida ejecución del presente decreto”.

De la simple comparación de las normas no se deduce la ostensible violación del artículo 345 de la Constitución Nacional, porque aparte de que habría que determinar, como ya se expresó los alcances de las facultades del Gobierno otorgadas en el artículo transitorio 20, hay que tener en cuenta que los Decretos expedidos por el Gobierno en ejercicio de tales facultades, tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley, por cuanto la materia que regulan está atribuido ordinariamente al Congreso.

En relación con el cargo que se formula al Decreto porque para su expedición no se tuvieron en cuenta las recomendaciones de la Comisión para

SECCION PRIMERA

la "Modernización del Estado", debe reiterar la Sala que no es materia de esta etapa del proceso analizar tal evaluación ya que tal análisis implicaría la necesidad de contestar interrogantes relativos a si se conformó o no toda la Comisión; al sentido del concepto y a la trascendencia y obligatoriedad del mismo, todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo transitorio 20 de la Carta.

En cuanto a la objeción consistente en que la naturaleza jurídica de los actos que regulan la materia laboral dentro de los actos acusados es la misma del Decreto 1660 de 1991, para concluir en una violación del artículo 243 de la Constitución Nacional, se requieren profundos análisis y estudios de tipo jurídico a fin de esclarecer si las normas acusadas reproducen exactamente el contenido material del Decreto.

Es necesario a su vez determinar si al expedirse el Decreto acusado, existían o no las mismas circunstancias y disposiciones que sirvieron de base para la expedición del Decreto 1660 de 1991. Debe tenerse en cuenta que mientras en éste el Gobierno en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el numeral 1o. del artículo 2o. de la Ley 60 de 1990, establece sistemas de retiro del servicio mediante compensación pecuniaria, en aquél se modifican los estatutos básicos del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica -ICEL-, en ejercicio de las atribuciones que al Presidente de la República le confiere el Constituyente mediante el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

Se aduce también en la solicitud que el Gobierno se excedió en sus facultades al otorgarle a la Junta Directiva del ICEL un plazo de seis (6) meses a partir de la vigencia del Decreto para estructurar la planta de personal.

La disposición que contempla tal circunstancia es el artículo 24 del Decreto 2120 de 1992, que dice:

"Adecuación de la Estructura Interna y de la Planta de Personal La Junta Directiva del ICEL procederá a determinar las modificaciones a la estructura interna y a la planta de personal, que sean necesarias de acuerdo con lo previsto en el presente Decreto, dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo.

"La planta de personal que se adopte entrará a regir para todos los efectos legales y fiscales a partir de su publicación".

En casos como el presente la Sala ha encontrado que la ampliación del término para ejercer las facultades excepcionales previstas en el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional contraría en forma manifiesta el citado ordenamiento constitucional, por las razones que a continuación se expresan:

“.. La Sala considera que las facultades otorgadas al Gobierno Nacional mediante el artículo transitorio 20 de la Constitución eran excepcionales no solo desde el punto de vista temporal (dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución) y desde el punto de vista del objetivo y finalidad (poner las entidades de la rama ejecutiva “en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece”), sino también desde el punto de vista de la materia, en cuanto, por ser excepcionales, ellas reunían en cabeza del ejecutivo, durante el período citado, todas las competencias relacionadas con la supresión, fusión y reestructuración de las entidades, estuvieran ellas, en virtud de las normas permanentes, ya fuera en cabeza del Congreso, del mismo gobierno o de otras autoridades.

“Por lo mismo, agotado el término de las facultades excepcionales, las diversas competencias regresan a sus titulares permanentes; unas al Congreso y al Presidente de la República, según la Constitución; y otras, a las diferentes autoridades administrativas que puedan tenerlas, conforme con la ley”. (Auto de 17 de mayo de 1993, expediente 2321, Consejero Ponente, Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez).

En el caso de autos, con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución, el Gobierno no podía establecer un término adicional para la modificación de la estructura interna y de la planta de personal del ICEL, por fuera del término que tenía para ejercer las facultades excepcionales, por lo cual respecto al artículo 24 del Decreto 2120 de 1992 procede la suspensión provisional de la expresión “...dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo”.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera,

RESUELVE:

1o. **ADMITIR** la demanda de nulidad instaurada contra el Decreto No. 2120 de 29 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional. Para su trámite, se dispone:

a) Notifíquese a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Trabajo y Seguridad Social, de Minas y Energía y al señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, en la forma prevista por el artículo 150 del C.C.A.. Entrégueseles copias de la demanda y sus anexos.

SECCION PRIMERA

b) Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación.

c) La parte demandante deberá depositar, dentro del término de cinco (5) días, la suma de CINCO MIL PESOS (\$5.000.00) M/cte., para gastos ordinarios del proceso.

d) Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días, para que la parte demandada y demás intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar pruebas.

e) Por Secretaría, solicítese a las oficinas correspondientes el envío, dentro del término de diez (10) días, de los antecedentes administrativos del Decreto acusado.

2o. **DECRETASE** la suspensión provisional de los efectos del artículo 24 del Decreto 2120 de 1992, en la expresión: "... dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo".

3o. **DENIEGASE** la suspensión provisional de las demás disposiciones acusadas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia la discutió y aprobó la Sala en reunión en reunión celebrada el día 20 de 1993.

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

**DAS - Reestructuración / SUPRESION DE EMPLEOS / NORMA
CONSTITUCIONAL TRANSITORIA**

El Gobierno en ejercicio de la función de reestructurar que le confirió el artículo transitorio 20 si bien es cierto podía decretar la supresión de empleos, también lo es que para ello tenía un plazo improrrogable de 18 meses, plazo que venció el 7 de enero de 1993. Resulta incuestionable, por lo tanto, que como en el artículo 69 el Gobierno excedió dicho plazo, quebrantó ostensiblemente el mencionado artículo transitorio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2382. Acción: Nulidad. Actor: LUIS CARLOS RETIS CORREDOR.

El ciudadano Luis Carlos Retis Corredor, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha ocurrido ante esta Corporación a demandar la nulidad, previa suspensión provisional, de los artículos 66 a 80 del Decreto 2110 de 29 de Diciembre de 1992 **“por el cual se reestructura el Departamento Administrativo de Seguridad”** expedido por el Gobierno Nacional, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

SECCION PRIMERA

I. LA ADMISION DE LA DEMANDA.

Como la demanda y sus anexos se ajustan a las formalidades 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-. Aparece formulada en capítulo especial del libelo de la demanda, pero para su sustentación el actor se remite a los cargos de violación formulados en la misma, así:

PRIMER CARGO. INCOMPETENCIA.

El Decreto acusado es inconstitucional por cuanto violó el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional dado que, en primer lugar, las atribuciones otorgadas al Gobierno por éste no eran discrecionales sino que estaban condicionadas no sólo al término de 18 meses para su ejercicio sino a las recomendaciones de una comisión, con el objeto de poner las entidades objeto de ellas en consonancia con la Constitución Nacional y con la redistribución de competencias y recursos en ella establecidos. No todas las entidades eran reformables o reestructurables necesariamente, pues de ser así el Departamento Administrativo de Seguridad debió haberse fusionado con la Fiscalía General de la Nación, ya que aquél es un organismo auxiliar de ésta. Las entidades que debían ser objeto de reforma ya sea por supresión, fusión o reestructuración, lo eran sólo a consecuencia de disposiciones constitucionales expresas, lo que no era el caso del DAS. El Gobierno estaba obligado a justificar el Decreto con alguna motivación adecuada y expresa y no con la simple cita del artículo transitorio 20, violándose dicha norma al ejercer las facultades en ella atribuidas, sin existir las condiciones necesarias para la reestructuración. Y, en segundo lugar, se viola la misma norma constitucional citada porque las facultades especiales otorgadas al Gobierno no sólo eran transitorias, pues por su naturaleza legislativa corresponden ordinariamente al Congreso, sino porque su ejercicio, debía efectuarse dentro del término de 18 meses señalado para tal objeto, sin que hubieran podido prolongarse ni posponerse sin autorización para ello hasta el 3 de enero de 1993.

Esta violación se hace manifiesta con la lectura del artículo 69 del Decreto demandado.

SEGUNDO CARGO.

Los artículos 66 a 80 del Decreto acusado violan, al contradecirlo, el Preámbulo de la Constitución de 1991, el cual protege el derecho al trabajo y lo identifica como una de las metas hacia las cuales el Estado debe orientar su acción.

Al expedirse el Decreto 2116 de 1992 hubo desconocimiento absoluto de los fines del artículo transitorio 20 pues no se puso en consonancia con los mandatos de la nueva Constitución y particularmente con la norma guía, que sirve de cimiento al orden constitucional.

TERCER CARGO.

Los artículos 66 a 80 atacados violan, además, los siguientes artículos de la Constitución Nacional, así: el 10, porque no pueden conciliarse con el concepto de Estado Social de derecho, ya que este reconoce al trabajo como uno de los fundamentos del Estado Colombiano; el 2º, porque a los servidores públicos no se les dió oportunidad de participar en la toma de la decisión que les suspendió el derecho fundamental del trabajo; el 4º, porque siendo la Constitución norma de normas debe ser acatada y respetada por el Gobierno, no siendo este Decreto compatible con ella; el 25, porque el trabajo es un derecho que merece la especial protección del Estado, sin distinción alguna, y las normas acusadas atacan la precaria estabilidad de los servidores del DAS; el 29, al desconocerse los procesos administrativos indicados para el retiro de los funcionarios inscritos en carrera o en período de prueba; el 53 al consignarse causales de retiro no previstas en leyes anteriores ni mucho menos en la Constitución; el 54, al propiciar que los servidores del Estado pierdan su derecho a la ubicación laboral; el 58, al suprimirse los empleos del personal inscrito en carrera, el cual adquiere un *status* jurídico, una vocación a la estabilidad que sólo puede perderse por actos propios e individuales imputables a su responsabilidad o culpa por mala conducta; el 125, al desconocerse la naturaleza y el objetivo de la carrera administrativa, la cual propende porque el ingreso, la permanencia y ascenso en los empleos se produzca conforme a méritos y competencia; y el 188, porque a pesar del Compromiso del Gobierno para garantizar los derechos y libertades de los colombianos, con las normas acusadas se desconocen los de los funcionarios inscritos en carrera o que se hallen en período de prueba, los cuales sólo pueden ser retirados del servicio por causas legales anteriores al Decreto.

SECCION PRIMERA

II.2.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Nuevamente reitera la Sala su competencia para ejercer el control de constitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones otorgadas por el artículo transitorio 20, como el 2110 de 29 de Diciembre de 1992 demandado, en virtud de la cláusula residual de competencia que le confiere al Consejo de Estado el ordinal 2º del artículo 237 de la nueva Constitución.

En lo referente a los cargos de violación hechos por el actor serán analizados en el mismo orden en que fueron planteados, así:

PRIMER CARGO.

Sobre la primera parte de esta censura la Sala considera que no le asiste razón al actor ya que el artículo transitorio 20, no le estableció al Gobierno obligación alguna sobre la forma como debía motivar los Decretos en que ejercitara la facultad de reestructuración, así como tampoco de que no todas las entidades fueran reestructurables o reformables o que determinadas debieran fusionarse con otras.

En lo referente a que las atribuciones conferidas en dicho artículo estaban condicionadas a las recomendaciones de la comisión asesora la Sala considera; como ya lo ha manifestado, que ello reclama un estudio de fondo impropio en esta etapa inicial del proceso, con miras a esclarecer si la comisión se conformó o no, si hubo consenso en el seno de la misma y cuál es el valor de dichas recomendaciones.

En cuanto toca con el cargo que se le endilga al artículo 69, que estatuye:

“Programa de Supresión de Empleos.- La supresión de empleos o cargos en los términos previstos en el artículo anterior, se cumplirá de acuerdo con el programa que apruebe la autoridad competente para ejecutar las decisiones adoptadas, dentro del plazo de tres (3) meses contados a partir de la fecha de publicación del presente Decreto”.

La Sala estima que sí es atendible en lo referente a la expresión “...dentro del plazo de tres (3) meses contados a partir de la fecha de publicación del presente Decreto”, ya que, como lo ha expresado en diversos pronunciamientos, el Gobierno en ejercicio de la función de reestructurar que le confirió el artículo transitorio 20 si bien es cierto podía decretar la supresión de empleos, también lo es que para ello tenía un plazo improrrogable de 18 meses, plazo que venció el 7 de enero de 1993. Resulta incuestionable, por lo tanto, que como en el

artículo 69 el Gobierno excedió dicho plazo, quebrantó ostensiblemente el mencionado artículo transitorio, razón suficiente para que prospere la medida de suspensión provisional respecto de la expresión antes enunciada.

SEGUNDO CARGO

Esta censura no está llamada a prosperar por cuanto se hace necesario un estudio de fondo, propio de la sentencia de mérito y no de esta etapa inicial del proceso, en orden a establecer cuál es el alcance, valor jurídico y poder coercitivo que tiene cada uno de los postulados contenidos en el Preámbulo de la Constitución y si ellos tienen fuerza normativa propia o están condicionados a las regulaciones del articulado de aquélla.

TERCER CARGO

Esta censura tampoco está llamada a prosperar dado que el actor plantea que los artículos 69 a 80 violan los artículos 4o., 2o., 4o., 25, 29, 53, 54, 58, 125 y 188 de la Constitución Nacional, sin precisar en forma particularizada en qué consiste la discordancia manifiesta entre cada uno de aquéllos y éstos y sin hacer la confrontación directa que reclama el numeral 2o. del artículo 152 del C.C.A., para que proceda la medida precautoria. Se colige del análisis hecho que la medida de suspensión provisional solamente se decretará respecto de la expresión ya enunciada del artículo 69 del Decreto 2110 de 29 de Diciembre de 1992.

En mérito de lo Expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

I-. Admítase la demanda presentada por el ciudadano LUIS CARLOS RETIS CORREDOR contra el Decreto 2110 de 29 de diciembre de 1992.

En consecuencia, se dispone:

a): Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado.

b): Notifíquese personalmente al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, y a los señores Directores del Departamento Administrativo de Seguridad y Departamento Administrativo de la Función Pública. Entrégueseles copia de la demanda y sus anexos.

SECCION PRIMERA

c): Fíjese el proceso en lista por el termino 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): Solicítese a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República que en el término de ocho (8) días envíe los antecedentes administrativos correspondientes al acto acusado. Hágasele saber al citado funcionario que el desacato a esta solicitud o a 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 2867 de 1989, deposite el actor la suma de cinco mil pesos (\$5.000,00) moneda corriente, dentro de los diez (10) días siguientes al del regreso del expediente a la Secretaría.

II-. Tiénese como demandante al ciudadano LUIS CARLOS RETIS CORREDOR y como demandados a la Nación -Ministerios de Hacienda y Crédito Público y Departamentos Administrativos de Seguridad y de la Función Pública-.

III-. Decrétase la suspensión provisional de los afectos de la expresión "... dentro del plazo de tres (3) meses contados a partir de la fecha de publicación del presente Decreto", contenida en el artículo 69 del Decreto 2110 de 1992.

IV-. Deniérgase la suspensión Provisional de las demás normas acusadas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día **20 de mayo de 1993.-**

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

Nota de Relatoría: Mediante el auto de 21 de mayo de 1993, Exp. 2382, Ponente: Dr Rafael Ariza Muñoz, Actor Luis Carlos Retis Corredor, la Sección Primera Decretó la Suspensión Provisional de los efectos de la expresión "... dentro del plazo de tres (3) meses contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto", contenida en el art. 69 del Decreto 2110 de 1992. En lo fundamental se tuvo la misma argumentación hecha en el auto de la misma fecha y ponente, Exp. 2373, cuya tesis se publicó en el mismo boletín.

**SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO LIBARDO
RODRIGUEZ RODRIGUEZ EN RELACION CON LA
PROVIDENCIA DE FECHA 13 DE AGOSTO DE 1993.**

Referencia: Expediente No. 2382. Actor: Luis Carlos Retis Corredor.

Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Con el debido respeto por la posición mayoritaria, el suscrito Consejero se permite explicar las razones por las cuales votó negativamente la providencia mediante la cual se confirmó la suspensión provisional decretada en el auto admisorio de la demanda, así:

Si bien las atribuciones otorgadas al Gobierno Nacional por el artículo Transitorio 20 de la Carta Política eran excepcionales desde el punto de vista temporal (18 meses), de la finalidad que con ellas se pretendía alcanzar (poner a las entidades de la rama ejecutiva “en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece”), y del objeto (supresión, fusión o reestructuración de dichas entidades), tales atribuciones, por el mismo hecho de ser excepcionales, deben entenderse referidas exclusivamente a aquellas materias que la misma Constitución asigna de manera permanente al legislador ordinario, como en el caso del art. 150, numeral 7, o coloca en manos del Presidente de la República, pero con sujeción a los mandatos de una ley especial prevista en la nueva Constitución y que aún no ha sido expedida, como en los casos del art. 189, numerales 15 y 16, pero en ningún momento a aspectos frente a los cuales la Constitución o la ley radican la competencia en las diferentes autoridades administrativas. Es decir, que dentro del término de los 18 meses establecido en el artículo Transitorio 20 de la Carta Política, el Gobierno Nacional sólo debía dictar las normas que, para los efectos allí consagrados, requerían de una disposición asimilable por su contenido al de la

SECCION PRIMERA

ley, pues es claro que para regular otros aspectos que no requieren de la expedición de normas de tal jerarquía, no se hubiese requerido de la atribución de facultades excepcionales.

Concordante con lo anterior, considero que si bien la Constitución y la ley han asignado competencia para determinadas materias a las autoridades administrativas del país, el Gobierno Nacional, dentro del término de los mencionados dieciocho meses, válidamente podía, como “legislador extraordinario” que lo fué, establecer un plazo perentorio para que dichas autoridades expidiesen las normas que permitiesen dar vida y poner en marcha el proceso de reestructuración dispuesto por el artículo Transitorio 20 de la Carta Política, independientemente de que las mismas facultades las conserve con carácter permanente la respectiva autoridad para su ejercicio por fuera del proceso de reestructuración emanada del artículo Transitorio 20 de la Carta.

Como consecuencia de lo expuesto, el suscrito Consejero reconsidera y precisa la posición adoptada inicialmente, sin perjuicio de profundizar en el tema con ocasión del fallo de fondo, y considera que procedía la revocatoria de la medida de suspensión provisional decretada por cuanto los argumentos expresados no permiten realmente concluir que se presente una infracción de la norma superior, con el carácter de manifiesta que exige el art. 152 del C.C.A.

Con todo respeto,

Libardo Rodríguez Rodríguez

Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

**ACTO GENERAL / ACCION DE NULIDAD Y
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedencia**

La evidente generalidad e impersonalidad del acto cuestionado sería suficiente, en principio, para estimar y deducir la improcedencia de la acción incoada de nulidad y restablecimiento del derecho que se ha ejercido. Si bien, existe la posibilidad de que el acto pueda causar un perjuicio; tal evento se materializaría con la aplicación individual de la circular, caso en el cual, serían estos actos individuales los susceptibles de ser enjuiciados a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho propuesta en el caso de autos. Como el acto sometido a estudio es de carácter general, de él no se deriva ningún perjuicio particular y concreto para los poderdantes, ni se afecta ninguna situación jurídica individual, entonces no se dan las condiciones establecidas por la ley y la jurisprudencia para la procedencia de la acción incoada.

*Consejo de Estado - Sala de lo contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., ventiseis (26) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).*

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 1916. Autoridades Nacionales. Actor: ABEL DARIO BARROS Y OTROS.

El señor ABEL DARIO BARROS SUAREZ y los ciudadanos que suscriben los poderes que obran a folios 2 a 12 del cuaderno 1, 5 a 1000 del anexo 1 y 1 a 600 del anexo 2. a través de apoderado, en ejercicio de la acción

SECCION PRIMERA

consagrada en el artículo 85 del C.C.A., han ocurrido ante esta Corporación para solicitar que decidan a su favor las siguientes,

PETICIONES.

“1a. Decretar, en su totalidad, la Nulidad de la Circular 1020 de fecha 3 de octubre de 1991, expedida por la Dirección General de Aduanas; acto administrativo dirigido a sus subalternos (Administradores de Aduana y Coordinadores de Saneamiento Aduanero), de suspender el servicio de Saneamiento de vehículos de contrabando, como aplicación al Decreto 2250 de 1991, a partir del 2 de Octubre de 1991”.

“2a. Restablecer el derecho negado, de sanear los vehículos de nuestros poderdantes, ordenándose a la Dirección General de Aduanas, para que mis protegidos puedan pagar la tarifa Ad-valorem de su autoliquidación y presentar ante la Unidad de Saneamiento de la Aduana de Riohacha y Ocaña, su Declaración de Saneamiento de los precisados vehículos, y obtener la declaración definitiva del saneamiento de sus vehículos de contrabando interno”.

“3a. Autorizar a los Bancos Comerciales instalados en el Departamento de la Guajira y Norte de Santander, para recibir pagos de Tarifa ad-valorem, de mis protegidos, a quienes se identificarán en el fallo pedido”.

El acto acusado es del siguiente tenor:

“DE: MAURICIO VILLEGAS ECHEVERRI
Director General de Aduanas

“PARA: ADMINISTRADORES DE ADUANA Y COORDINADORES DE
SANEAMIENTO ADUANERO.

“ASUNTO: DECRETO 2250 DE 1991

“FECHA: OCTUBRE 3 DE 1991

“1. El Decreto 2250 de octubre 2 de 1991 ha sido publicado el 3 de octubre en el Diario Oficial del mismo año y en consecuencia rige a partir de la fecha.

“2. Para efecto de lo previsto en el artículo 1o. del Decreto 2250 de octubre 2 de 1991, la presentación de las declaraciones de Saneamiento, deben haberse realizado ante las Unidades de Saneamiento o dependencias aduaneras encargadas de los trámites correspondientes hasta el 2 de

octubre, sin que este requisito se considere cumplido con la consignación ante las entidades bancarias autorizadas.

“3. Con el propósito de dar a ustedes la mayor claridad posible en la aplicación del decreto en referencia, los artículos a que se refiere el artículo 1o. del Decreto 2250 del 2 de octubre de 1991, corresponden a:

“Buses, buseta, microbuses, automóviles de pasajeros, camperos o los conocidos como Station Wagon, Break, Pick Up, además volquetas, camiones, tractores de carretera para semiremolque, tractomulas o tractocamiones, chasis con o sin cabina, camionetas tipo Panel y vehículos de usos especiales, tales como: grúas, coches mortuorios y coches ambulancia.

“4. En el evento de haberse consignado sumas ante las entidades bancarias sin representación la Declaración de Saneamiento ante la Unidad de Saneamiento con anterioridad al 3 de octubre de 1991, procederá la devolución de dichas sumas y seguirá en lo pertinente el procedimiento previsto en el párrafo del artículo 2o. del Decreto 2183 del 19 de septiembre de 1991”.

El texto del Decreto Ley 2250 de 2 de Octubre de 1991 es el siguiente:

“El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades que le confiere el numeral 7o. del artículo 61 de la Ley 49 de 1990,

DECRETA:

“Artículo 1o. Modifícase el párrafo 1o. del artículo 1o. del Decreto 1751 de 1991, el cual quedará así:

“La presentación de la declaración de saneamiento deberá efectuarse en el lapso comprendido entre el 1o. de agosto de 1991 y el 31 de octubre de 1991, salvo que se trata de los vehículos a los que se refiere artículo 4o. de este Decreto, en cuyo caso el plazo para acogerse al saneamiento será hasta el 2 de octubre de 1991.

“Artículo 2o. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación”.

SECCION PRIMERA

HECHOS:

Los hechos que la parte actora cita como fundamento de sus pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

1.-El Gobierno Nacional mediante la expedición del Decreto 2250 del 2 de octubre de 1991 , suspendió abruptamente el Saneamiento de Vehículos de Contrabando que habían ingresado al país después y antes del 1o. de septiembre de 1990, perjudicando a los propietarios de los vehículos venezolanos que sí habían introducido sus vehículos, antes del 1o. de septiembre de 1990.

2.-La amnistía aduanera había sido conferida, a través de los Decretos-Leyes 1750 y 1751 del 4 de julio de 1991, que otorgaban beneficios retroactivos a los infractores del Estado Aduanero, despenalizando conductas típicas del Delito de Contrabando, y reconocían derechos de titularidad a los propietarios de esos vehículos introducidos a territorio nacional, no importándole al Estado Colombiano el origen ni la forma como fueron puestos en Colombia estos vehículos.

3.-Los interesados en gozar de este beneficio legal dejaron todo para el último día. Solo pudieron contar con 61 días de los 90 que otorgó el Decreto 1751, del cual fueron descontados 29 por el Decreto 2250 de 1 de octubre de 1991.

NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Este capítulo lo inicia el apoderado de la parte actora con los "Antecedentes del Decreto de Saneamiento de Vehículos y Mercancías -Decreto 1751 del 4 de julio de 1991-", para hacer referencia y comentario a los artículos 61 y 80 de la Ley Marco 49 de 1990, con cuyas facultades se expidió aquel decreto del cual transcribe los artículos 1o., 2o. y 3o.

Seguidamente señala que el Decreto 2250 de 2 de octubre de 1991 suspendió irregularmente el Saneamiento de Vehículos, ya que en él se observan detalles notorios que lo dejan sin vida constitucional y dan la clara impresión de ser producto del abuso del poder presidencial y ministerial.

Inserta luego su texto para afirmar que riñe con los artículos 83, 84, 85, 90, 188 y 189-10-11-20 de la Carta Política y concluir diciendo que la Dirección General de Aduanas no debió expedir la Circular 1020, acusada, sino, por el contrario, no acatar el Decreto 2250 de 1991, por ser contrario manifiestamente a mandatos constitucionales, y darle así cumplimiento al Decreto 1751 de 1991 y a la Constitución Nacional.

La acción tiende precisamente a restablecer los derechos de los ciudadanos de la Guajira y Norte de Santander, tenedores y poseedores de vehículos venezolanos que se encuentran en dichos territorios, y a provocar el recaudo de diez mil millones de pesos que éstos desean pagar por tarifa *ad-valorem* con la esperanza de que se inviertan en infraestructura de zonas especiales de libre comercio de Maicao y otras poblaciones fronterizas.

RAZONES DE LA DEFENSA.

La parte demandada argumenta como motivos enervantes de la acción propuesta, los siguientes:

- 1.-La Circular 1020 de octubre 3 de 1991 NO es un acto administrativo de carácter particular; sino un acto administrativo de naturaleza general.
- 2.-La Circular Indicada no vulnera por sí misma ningún derecho particular concreto; su aplicación está dirigida en forma Indeterminada y abstracta.

Propone las siguientes EXCEPCIONES, sobre la base, afirma, de considerar la demanda como el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que es desde luego, improcedente.

A. Caducidad.

Si se tiene como fecha de comunicación del acto administrativo impugnado la del 3 de octubre de 1991, o aún la del 31 de octubre del mismo año (entendiéndola como fecha en que empieza a ejecutarse la Circular impugnada para no aceptar el Saneamiento en relación a vehículos), igualmente ha operado el fenómeno de la caducidad cuatro (4) meses ya sea a la fecha de la presentación de la demanda o de su admisión.

B. Ineptitud de la demanda.

Alega:

1.- No cumple el requisito exigido de contener los hechos y omisiones fundamentales de la pretensión, pues solamente se presentan unas apreciaciones subjetivas del actor.

2.- No cumple con la exigencia de los fundamentos de derecho y concepto de violación, por cuanto se presumen infringidas disposiciones constitucionales y no legales; y se ha aclarado que los actos administrativos no violan en forma directa la Constitución Nacional sino de manera indirecta; y, además, no existe

SECCION PRIMERA

concepto de violación en relación con la circular número 1020 de octubre 3 de 1991, aparte de que las argumentaciones solamente son afirmaciones o juicios de conveniencia o no para la expedición del Decreto 2250 de 1991 y ni siquiera de la Circular impugnada.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

La Señora Procuradora Primero Delegada ante esta Corporación expresa que la Circular 1020 demandada es un acto de carácter general que tenía como sustento legal el Decreto Ley 2250 de 1991, y como este Decreto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-511 de 3 de septiembre de 1992, desapareció del ordenamiento jurídico, dándose entonces la figura del decaimiento del acto administrativo cuestionado, lo cual se traduce en carencia de fuerza ejecutoria del mismo, en los términos del artículo 66 del C.C.A., y así debe declararse.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Lo primero que se advierte al revisar el acto acusado, Circular 1020 de 3 de octubre de 1991, es que es de carácter general, expedido por el Director General de Aduanas, y dirigido, como claramente en él se expresa, a los Administradores de Aduana y Coordinadores de Saneamiento Aduanero a fin de instruirlos para facilitar la debida aplicación del Decreto Ley 2250 de 1991, de cuya naturaleza general, abstracta e impersonal está igualmente revestida la Circular impugnada, siendo éste el sentido en que está concebida y dirigida la aplicación de la misma.

El Decreto 2250 de 1991, cuya adecuada aplicación por los funcionarios aduaneros es el exclusivo propósito que se percibe en el acto demandado, no vulnera derechos o situaciones jurídicas de naturaleza individual, subjetiva o concreta, que hayan ingresado al patrimonio de alguna persona, y, por supuesto, igual predicamento amerita la Circular 1020 de 1991, dado no sólo la conformación de su texto sino además la consideración de estar dirigida a los funcionarios internos de la Dirección General de Aduanas con la finalidad, como ya se ha anotado de que éstos den correcta aplicación al mencionado Decreto-Ley, pero sin que, valga la reiteración, se vislumbre agravio civil o administrativo alguno a determinada persona en particular.

La evidente generalidad e impersonalidad del acto cuestionado sería suficiente, en principio, para estimar y deducir la improcedencia de la acción incoada de nulidad y restablecimiento del derecho que se ha ejercido en el presente caso por la parte actora, por que si la ley ha indicado una vía para el restablecimiento del derecho (la típica acción de nulidad y restablecimiento del

derecho -artículo 85 del C.C.A.-) y una para el mantenimiento del imperio de la legalidad (acción de simple nulidad -artículo 84 *ibidem*), no tendrá el administrado la opción para elegir y deberá someterse a ella, y si así no lo hiciere, la escogencia de ésta o aquella ad libitum del administrado, dará al traste con sus aspiraciones y el Juez deberá indefectiblemente declarar la ineptitud sustantiva de la demanda; a menos que el acto causara un perjuicio concreto al accionante.

Pues si bien, existe la posibilidad de que el acto pueda causar un perjuicio; tal evento se materializaría con la aplicación individual de la circular, caso en el cual, serían estos actos individuales los susceptibles de ser enjuiciados a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho propuesta en el caso de autos.

Aquí, como el acto sometido a estudio es de carácter general, de él no se deriva ningún perjuicio particular y concreto para los poderdantes, ni se afecta ninguna situación jurídica individual, entonces no se dan las condiciones establecidas por la ley y la jurisprudencia para la procedencia de la acción incoada.

El perjuicio directo personal tiene una consecuencia que es la de restablecer el derecho privado. Cuando esto es imposible, necesariamente debe pensarse que no hay agravio individual. Bien puede suceder que un acto de carácter general sea causa remota para que más tarde, por aplicación a determinado caso, se cause agravio por la providencia que se fundó en aquella, y es ésta y no la anterior la que puede acusarse con acción privada. Porque, cómo se puede restablecer el derecho individual cuando éste no se ha variado sino que' apenas está en probabilidad de poder serlo?.

La acción propuesta, en esta oportunidad, procede contra actos administrativos que afecten situaciones Jurídicas subjetivas, individuales y concretas; mas no cuando se intente contra actos, que por no haber tenido cumplida ejecución, no han llegado a ocasionar el daño determinado que se les asigna, ni han violado en concreto el derecho cuyo restablecimiento se pide.

Las anteriores reflexiones son suficientes para que la Sala infiera inequívocamente que se ha ocurrido a esta jurisdicción en ejercicio de una acción que no es legítimamente procedente en el presente caso, como se acaba de analizar, razón por la cual no habrá lugar a una decisión de mérito sino a concluir con un fallo inhibitorio por ineptitud sustantivo de la demanda.

Finalmente hay que anotar que como quiera que el abogado Robinson Ricardo Rada González actuó como agente oficioso de algunos de los

SECCION PRIMERA

demandantes, de quienes oportunamente obtuvo su ratificación, habrá de ordenarse la devolución de la caución que prestara de conformidad con el artículo 47 del C. de P. y en cumplimiento del auto de 19 de mayo de 1992.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1o. DECLARASE inhibido para un pronunciamiento de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda.

2o. DEVUELVA al Abogado Robinson Ricardo Rada González la caución por el prestada y a que se ha hecho referencia al final de los considerandos de esta providencia.

3o. DEVUELVA, igualmente, la suma de dinero depositada para gastos del proceso y no utilizada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 20 de mayo de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serran, Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

**INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN / INSTITUCIONES
DE EDUCACION SUPERIOR / POTESTAD REGLAMENTARIA
/ SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION**

La disposición acusada en este proceso tiene el mismo contenido y esencia de la parte de la disposición declarada inexecutable, de tal suerte que resultan aquí valederas las argumentaciones que tuvo en cuenta la Corte Suprema de Justicia para adoptar tal decisión, como quiera que emerge con meridiana claridad que la norma reglamentaria limita la actividad de los fundadores en las instituciones de utilidad común, como son las instituciones de educación superior no oficiales, al excluirlos de participar en los organismos de dirección en lo académico, administrativo financiero y disciplinario, siendo que las normas constitucionales transcritas se lo prohíben de manera expresa tanto al legislador como al Presidente de la República, permitiendo a este último como única atribución, respecto de dichas entidades, la de fiscalizar el manejo e inversión de sus ingresos a través de la inspección y vigilancia, a fin de proteger sus rentas y velar porque se cumpla la voluntad de los fundadores. **DECLARA LA NULIDAD** del literal b) del art. 7 del Decreto 2799 de 21 de octubre de 1980 expedido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2163. Acción: Nulidad. Actor: LUIS CARLOS SACHICA APONTE.

SECCION PRIMERA

El ciudadano y abogado LUIS CARLOS SACHICA APONTE, obrando en su propio nombre, presentó demanda ante esta Corporación, en ejercicio de la acción de nulidad que consagra el artículo 84 del C.C.A., para que mediante sentencia se hagan las siguientes declaraciones:

I-. PETITUM.

Que es nulo el literal b). del artículo 7o. del Decreto Reglamentario No. 2799 de 21 de Octubre de 1980 "Por el cual se reglamenta el régimen de las instituciones no oficiales de educación superior y se dictan otras disposiciones", expedido por el Gobierno Nacional.

II-. CAUSA PETENDI.

II.1-. LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACION.

Como fundamento de su pretensión el demandante aduce la violación de los artículos 36 y 120 numeral 19 de la Constitución Nacional de 1886, que corresponden a los artículos 62, 189 numeral 26, y 152 numeral 2o. de la nueva Carta Política.

Los cargos de violación se pueden resumir así:

PRIMER CARGO:

El Decreto Reglamentario 2799 de 1980 reglamenta el Decreto Ley 80 de 1980, que "organiza el sistema de educación superior", el cual tiene carácter legislativo por haber sido expedido con base en las facultades extraordinarias que otorgó la Ley 8a. de 1979.

La vigencia de los Decretos Reglamentarios depende totalmente de la de la ley o la disposición legislativa que reglamenten, lo que quiere decir, que tales Decretos no tienen fuerza propia y que el reglamento no se justifica sino por la ley que reglamenta. Por esta razón, cuando la Ley o el Decreto Reglamentado son declarados inexequibles- que equivale a una derogación- sus reglamentaciones administrativas, contenidas en decretos, resoluciones u órdenes, se tornan también inaplicables, esto es, pierden toda su vigencia, como acontece en este caso. En efecto, mediante sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 22 de septiembre de 1980 se declaró inconstitucional el artículo 141 del Decreto Ley 80 de 1980, entre cuyo contenido y el del literal b) del artículo 7o. del Decreto 2799 acusado hay una evidente correspondencia.

En consecuencia, no estando vigente la norma básica- artículo 141 del Decreto Ley 80 de. 1980-, por haber sido declarada inexecutable, debe reconocerse y declararse la existencia de la misma inconstitucionalidad en la norma enjuiciada, que es su corolario, sin perjuicio de admitir que tal norma ya era inaplicable desde la fecha de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de que se hizo mención.

SEGUNDO CARGO:

Los alcances de la disposición acusada son propios de una Ley y no del Reglamento. Esto es, tal disposición ha debido incluirse en el artículo 141 del Decreto Ley 80 de 1980, pues se trata de regular derechos y obligaciones de las instituciones de educación superior, que es cuestión de carácter legislativo y no de puras medidas administrativas para el cumplimiento de una ley. Luego, de una parte, dicha norma es violatoria de la Ley 8a. de 1979, en cuanto significa el ejercicio de potestades extraordinarias que debía ejercer directamente el Gobierno Nacional dentro del término señalado para ello, y, de otro lado, desborda la potestad reglamentaria del Presidente de la República al dictar normas que corresponde expedir al legislador extraordinario, o sea al Gobierno investido de facultades legislativas extraordinarias.

TERCER CARGO:

Basta leer la sentencia de la Corte suprema de Justicia para demostrar que la norma acusada viola las disposiciones por las cuales fue declarado inconstitucional el artículo 141 del Decreto Ley 80 de 1980, es decir, los artículos 36 y 120 numeral 19 de la anterior Constitución, hoy 62 y 189 numeral 26.

CUARTO CARGO:

Se puede advertir la violación del numeral 2o. del artículo 152 de la Constitución, por cuanto la materia legislada arbitrariamente en el Decreto Reglamentario 2799 bajo el nuevo régimen constitucional está reservada exclusivamente al Congreso, violación que amerita también la declaración de nulidad.

III-. TRAMITE DE LA ACCION:

Se le imprimió el del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas: de admisión de la demanda, fijación en lista y alegaciones.

SECCION PRIMERA

La Nación - Ministerio de Educación Nacional- no contestó la demanda pero sí hizo uso del derecho de alegar de conclusión, a través de apoderada, escrito en el cual manifestó, en síntesis, lo siguiente:

Debe denegarse la pretensión de la demanda por carecer de soporte legal, ya que la sentencia de 22 de Septiembre de 1980 de la Corte Suprema de Justicia, declaró inexecutable parcialmente el artículo 141 del Decreto Ley 80 de 1980, en la parte que dice: "... y sus normas estatutarias fijarán preciso límite a la participación de los fundadores, de tal forma que claramente quede establecida una diferencia entre ellos y la estructura y mecanismos de autoridad, decisión y control de la institución fundada", quedando vigente la parte que reza: "Las instituciones no oficiales deberán ser organizadas como personas jurídicas autónomas", y fue precisamente esta norma en la que se fundamentó el Gobierno Nacional para expedir el Decreto 2799 de 1980.

El Decreto Reglamentario tiene por finalidad hacer operativa y práctica la ley que reglamenta, en este caso hacer efectiva la trascendental nota de autonomía que es una característica de las Instituciones no oficiales de educación superior, según lo preceptuado en el artículo 141 del Decreto Ley 80 de 1980, reiterado por el artículo 69 de la Carta de 1991.

IV-. CONCEPTO FISCAL:

La señora Procuradora Primera Delegada ante lo Contencioso de esta Corporación estima que la pretensión del actor está llamada a prosperar ya que es claro que la intención del Gobierno plasmada en el acto acusado fue la de evitar la intervención o ingerencia de los organismos de dirección y administración de las entidades fundadoras en los organismos de dirección de las instituciones de educación superior no oficiales que se funden por ellas, y la Corte Suprema de Justicia en la sentencia mencionada encontró en el aparte del artículo 141 del Decreto Ley 80 de 1980 la transgresión de los artículos 36 y 120 numeral 19 de la Constitución de 1886, en cuanto se condicionaba o restringía la participación de los fundadores en las instituciones de utilidad común con fines de educación Superior, lo cual hace que resulten procedentes los argumentos del demandante:

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Como los fundamentos tenidos en cuenta para acceder al decreto de suspensión provisional del literal b) del artículo 7o. del Decreto Reglamentario 2799 de 21 de Octubre de 1980, no han sido desvirtuados en el curso del proceso, por ello la Sala habrá de decretar su nulidad. En efecto, dispone la norma acusada:

“Artículo 7o. Para efecto de su organización como personas jurídicas autónomas, las instituciones de educación superior no oficiales deberán observar en sus estatutos los siguientes principios generales:

a.....

b. Los organismos de dirección en lo académico, administrativo, financiero y disciplinario de las instituciones fundadas, deberán ser distintos e independientes de los organismos de dirección y administración de la entidad o entidades fundadoras”.

Estatuyen los artículos 36 y 120 numeral 19 de la Constitución Nacional de 1886, que corresponden a los artículos 62 y 189 numeral 26 de la nueva Carta Política, citados como infringidos:

“Artículo 36.- El destino de las donaciones intervivos o testamentarias hechas conforme a las leyes para fines de interés social, no podrá ser variado ni modificado por el legislador. El gobierno fiscalizará el manejo e inversión de tales donaciones”.

“Artículo 120.- Corresponde al presidente de la república como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa: 19). Ejercer inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común Para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores”.

Expresa el artículo 141 del Decreto Ley 80 de 1980:

“Las instituciones no oficiales deberán ser organizadas como personas jurídicas autónomas y sus normas estatutarias fijarán precisos límites a la participación de los fundadores, de tal manera que claramente quede establecida una diferencia entre ellos y la estructura y mecanismos de autoridad, decisión y control de la institución fundada”.

La parte que resalta la Sala en negrilla fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 22 de Septiembre de 1980 por encontrar evidente la violación por parte de dicho precepto, entre otros cánones constitucionales, de los artículos 36 y 120 numeral 19 de la Constitución Nacional de 1886.

SECCION PRIMERA

La disposición acusada en este proceso tiene el mismo contenido y esencia de la parte de la disposición declarada inexecutable, de tal suerte que resultan aquí valederas las argumentaciones que tuvo en cuenta la Corte Suprema de Justicia para adoptar tal decisión, como quiera que emerge con meridiana claridad que la norma reglamentaria limita la actividad de los fundadores en las instituciones de utilidad común, como son las instituciones de educación superior no oficiales, al excluirlos de participar en los organismos de dirección en lo académico, administrativo financiero y disciplinario, siendo que las normas constitucionales transcritas se lo prohíben de manera expresa tanto al legislador como al Presidente de la República, permitiendo a este último como única atribución, respecto de dichas entidades, la de fiscalizar el manejo e inversión de sus ingresos a través de la inspección y vigilancia, a fin de proteger sus rentas y velar porque se cumpla la voluntad de los fundadores.

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

FALLA:

1o): Declárase la nulidad del literal b.) del artículo 7o. del Decreto 2799 de 21 de Octubre de 1980, expedido por el Gobierno Nacional.

2o): Devuélvase al actor la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 3 de Junio de 1.993.-

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

**INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN / INSTITUCIONES
DE EDUCACION SUPERIOR / POTESTAD REGLAMENTARIA
/ SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION**

La disposición acusada en este proceso tiene el mismo contenido y esencia de la parte de la disposición declarada inexecutable, de tal suerte que resultan aquí valederas las argumentaciones que tuvo en cuenta la Corte Suprema de Justicia para adoptar tal decisión, como quiera que emerge con meridiana, claridad que la norma reglamentaria limita la actividad de los fundadores en las instituciones de utilidad común, como son las instituciones de educación superior no oficiales, al excluirlos de participar en los organismos de dirección en lo académico, administrativo financiero y disciplinario, siendo que las normas constitucionales transcritas se lo prohíben de manera expresa tanto al legislador como al Presidente de la República, permitiendo a este último como única atribución, respecto de dichas entidades, la de fiscalizar el manejo e inversión de sus ingresos a través de la inspección y vigilancia, a fin de proteger sus rentas y velar porque se cumpla la voluntad de los fundadores. DECLARA LA NULIDAD del literal b) del art. 7 del Decreto 2799 de 21 de octubre de 1980 expedido por el Gobierno Nacional.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).*

Consejero Ponente: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

Referencia: Expediente No. 2163. Acción: Nulidad. Actor: LUIS CARLOS SACHICA APONTE.

SECCION PRIMERA

El ciudadano y abogado LUIS CARLOS SACHICA APONTE, obrando en su propio nombre, presentó demanda ante esta Corporación, en ejercicio de la acción de nulidad que consagra el artículo 84 del C.C.A., para que mediante sentencia se hagan las siguientes declaraciones:

I. PETITUM.

Que es nulo el literal b). del artículo 7o. del Decreto Reglamentario No. 2799 de 21 de Octubre de 1980 "Por el cual se reglamenta el régimen de las instituciones no oficiales de educación superior y se dictan otras disposiciones", expedido por el Gobierno Nacional.

II. CAUSA PETENDI.

II.1.- LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACION.

Como fundamento de su pretensión el demandante aduce la violación de los artículos 36 y 120 numeral 19 de la Constitución Nacional de 1886, que corresponden a los artículos 62, 189 numeral 26, y 152 numeral 2o. de la nueva Carta Política.

Los cargos de violación se pueden resumir así:

PRIMER CARGO:

El Decreto Reglamentario 2799 de 1980 reglamenta el Decreto Ley 80 de 1980, que "organiza el sistema de educación superior", el cual tiene carácter legislativo por haber sido expedido con base en las facultades extraordinarias que otorgó la Ley 8a. de 1979.

La vigencia de los Decretos Reglamentarios depende totalmente de la de la ley o la disposición legislativa que reglamenten, lo que quiere decir, que tales Decretos no tienen fuerza propia y que el reglamento no se justifica sino por la ley que reglamenta. Por esta razón, cuando la Ley o el Decreto Reglamentado son declarados inexecutable- que equivale a una derogación- sus reglamentaciones administrativas, contenidas en decretos, resoluciones u órdenes, se tornan también inaplicables, esto es, pierden toda su vigencia, como acontece en este caso. En efecto, mediante sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 22 de septiembre de 1980 se declaró inconstitucional el artículo 141 del Decreto Ley 80 de 1980, entre cuyo contenido y el del literal b) del artículo 7o. del Decreto 2799 acusado hay una evidente correspondencia.

En consecuencia, no estando vigente la norma básica- artículo 141 del Decreto Ley 80 de. 1980-, por haber sido declarada inexecutable, debe reconocerse y declararse la existencia de la misma inconstitucionalidad en la norma enjuiciada, que es su corolario, sin perjuicio de admitir que tal norma ya era inaplicable desde la fecha de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de que se hizo mención.

SEGUNDO CARGO:

Los alcances de la disposición acusada son propios de una Ley y no del Reglamento. Esto es, tal disposición ha debido incluirse en el artículo 141 del Decreto Ley 80 de 1980, pues se trata de regular derechos y obligaciones de las instituciones de educación superior, que es cuestión de carácter legislativo y no de puras medidas administrativas para el cumplimiento de una ley. Luego, de una parte, dicha norma es violatoria de la Ley 8a. de 1979, en cuanto significa el ejercicio de potestades extraordinarias que debía ejercer directamente el Gobierno Nacional dentro del término señalado para ello, y, de otro lado, desborda la potestad reglamentaria del Presidente de la República al dictar normas que corresponde expedir al legislador extraordinario, o sea al Gobierno investido de facultades legislativas extraordinarias.

TERCER CARGO:

Basta leer la sentencia de la Corte suprema de Justicia para demostrar que la norma acusada viola las disposiciones por las cuales fue declarado inconstitucional el artículo 141 del Decreto Ley 80 de 1980, es decir, los artículos 36 y 120 numeral 19 de la anterior Constitución, hoy 62 y 189 numeral 26.

CUARTO CARGO:

Se puede advertir la violación del numeral 2o. del artículo 152 de la Constitución, por cuanto la materia legislada arbitrariamente en el Decreto Reglamentario 2799 bajo el nuevo régimen constitucional está reservada exclusivamente al Congreso, violación que amerita también la declaración de nulidad.

III-. TRAMITE DE LA ACCION:

Se le imprimió el del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de: admisión de la demanda, fijación en lista y alegaciones.

SECCION PRIMERA

La Nación - Ministerio de Educación Nacional- no contestó la demanda pero sí hizo uso del derecho de alegar de conclusión, a través de apoderada, escrito en el cual manifestó, en síntesis, lo siguiente:

Debe denegarse la pretensión de la demanda por carecer de soporte legal, ya que la sentencia de 22 de Septiembre de 1980 de la Corte Suprema de Justicia, declaró inexecutable parcialmente el artículo 141 del Decreto Ley 80 de 1980, en la parte que dice: "... y sus normas estatutarias fijarán preciso límite a la participación de los fundadores, de tal forma que claramente quede establecida una diferencia entre ellos y la estructura y mecanismos de autoridad, decisión y control de la institución fundada", quedando vigente la parte que reza: "Las instituciones no oficiales deberán ser organizadas como personas jurídicas autónomas", y fue precisamente esta norma en la que se fundamentó el Gobierno Nacional para expedir el Decreto 2799 de 1980.

El Decreto Reglamentario tiene por finalidad hacer operativa y práctica la ley que reglamenta, en este caso hacer efectiva la trascendental nota de autonomía que es una característica de las Instituciones no oficiales de educación superior, según lo preceptuado en el artículo 141 del Decreto Ley 80 de 1980, reiterado por el artículo 69 de la Carta de 1991.

IV-. CONCEPTO FISCAL:

La señora Procuradora Primera Delegada ante lo Contencioso de esta Corporación estima que la pretensión del actor está llamada a prosperar ya que es claro que la intención del Gobierno plasmada en el acto acusado fue la de evitar la intervención o ingerencia de los organismos de dirección y administración de las entidades fundadoras en los organismos de dirección de las instituciones de educación superior no oficiales que se funden por ellas, y la Corte Suprema de Justicia en la sentencia mencionada encontró en el aparte del artículo 141 del Decreto Ley 80 de 1980 la transgresión de los artículos 36 y 120 numeral 19 de la Constitución de 1886, en cuanto se condicionaba o restringía la participación de los fundadores en las instituciones de utilidad común con fines de educación Superior, lo cual hace que resulten procedentes los argumentos del demandante:

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Como los fundamentos tenidos en cuenta para acceder al decreto de suspensión provisional del literal b) del artículo 7o. del Decreto Reglamentario 2799 de 21 de Octubre de 1980, no han sido desvirtuados en el curso del proceso, por ello la Sala habrá de decretar su nulidad. En efecto, dispone la norma acusada:

“Artículo 7o. Para efecto de su organización como personas jurídicas autónomas, las instituciones de educación superior no oficiales deberán observar en sus estatutos los siguientes principios generales:

a.....

b. Los organismos de dirección en lo académico, administrativo, financiero y disciplinario de las instituciones fundadas, deberán ser distintos e independientes de los organismos de dirección y administración de la entidad o entidades fundadoras”.

Estatuyen los artículos 36 y 120 numeral 19 de la Constitución Nacional de 1886, que corresponden a los artículos 62 y 189 numeral 26 de la nueva Carta Política, citados como infringidos:

“Artículo 36.- El destino de las donaciones intervivos o testamentarias hechas conforme a las leyes para fines de interés social, no podrá ser variado ni modificado por el legislador. El gobierno fiscalizará el manejo e inversión de tales donaciones”.

Artículo 120.- Corresponde al presidente de la república como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa: 19). Ejercer inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores”.

Expresa el artículo 141 del Decreto Ley 80 de 1980:

“Las instituciones no oficiales deberán ser organizadas como personas jurídicas autónomas y sus normas estatutarias fijarán precisos límites a la participación de los fundadores, de tal manera que claramente quede establecida una diferencia entre ellos y la estructura y mecanismos de autoridad, decisión y control de la institución fundada”.

La parte que resalta la Sala en negrilla fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 22 de septiembre de 1980 por encontrar evidente la violación por parte de dicho precepto, entre otros cánones constitucionales, de los artículos 36 y 120 numeral 19 de la Constitución Nacional de 1886.

SECCION PRIMERA

La disposición acusada en este proceso tiene el mismo contenido y esencia de la parte de la disposición declarada inexecutable, de tal suerte que resultan aquí valederas las argumentaciones que tuvo en cuenta la Corte Suprema de Justicia para adoptar tal decisión, como quiera que emerge con meridiana claridad que la norma reglamentaria limita la actividad de los fundadores en las instituciones de utilidad común, como son las instituciones de educación superior no oficiales, al excluirlos de participar en los organismos de dirección en lo académico, administrativo financiero y disciplinario, siendo que las normas constitucionales transcritas se lo prohíben de manera expresa tanto al legislador como al Presidente de la República, permitiendo a este último como única atribución, respecto de dichas entidades, la de fiscalizar el manejo e inversión de sus ingresos a través de la inspección y vigilancia, a fin de proteger sus rentas y velar porque se cumpla la voluntad de los fundadores.

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

FALLA:

1o): Declárase la nulidad del literal b.) del artículo 7o. del Decreto 2799 de 21 de Octubre de 1980, expedido por el Gobierno Nacional.

2o): Devuélvase al actor la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 3 de Junio de 1993.-

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

JUNTA MUNICIPAL DE DEPORTES / JUNTA SECCIONAL DE DEPORTES

Cuando la disposición contenida en el artículo 14 de la Ley 49 de 1983 hace referencia a que las Juntas Municipales de Deportes son aquéllas que se organizan EN CUALQUIER MUNICIPIO DEL PAIS, está significando que sea el que fuere el municipio, podrá, en virtud del derecho de asociación o por su propia iniciativa, conformar dichas juntas, sin excepción alguna, es decir, dicha ley no excluye de la constitución de Juntas Municipales de Deportes a los municipios que sean capitales de Departamento en donde existan Juntas Seccionales de Deporte como sí lo hace el reglamento.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).*

Consejero Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez.

Referencia: Expediente No. 2193. Acción de nulidad contra el artículo 11 Decreto 839 de 6 de Abril de 1.984, expedido por el Gobierno Nacional.
Actor: VICTOR OBDULIO BENAVIDES LADINO.

El ciudadano VICTOR OBDULIO BENAVIDES LADINO obrando en su propio nombre, solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad del artículo 11 del Decreto 839 de 6 de Abril de 1.984 "Por el cual se reglamenta la Ley 49 de 1.984", expedido por el Gobierno Nacional.

SECCION PRIMERA

Dispone el acto acusado:

“En las capitales de Departamentos en donde exista Junta Administradora Seccional de Deportes no podrán constituirse Juntas Municipales de Deportes”.

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION.

Cita el actor como quebrantado con el acto acusado, el artículo 14 de la Ley 49 de 1983.

Hace consistir el concepto de la violación en que el artículo 14 de la Ley 49 de 1983 permite observar que en Colombia, los Municipios están en el derecho de organizar Juntas Municipales de Deportes, es decir, no existe discriminación entre los municipios colombianos para estos efectos y sin embargo, la norma acusada introduce una excepción al establecer que en las capitales de Departamentos donde exista Junta Administradora Seccional de Deportes, no podrán constituirse Juntas Municipales de Deportes, lo que hace que se haya incurrido por parte del Ejecutivo en un mal ejercicio de la potestad reglamentaria, pues al reglamentar restringió el sentido de la ley y por esta razón el acto acusado adolece de nulidad.

II. ACTUACION

Mediante proveído de 11 de Febrero de 1.993 se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional del acto acusado, medida esta última recurrida por la apoderada del Ministerio de Educación Nacional, y confirmada por auto de 18 de Marzo del presente año.

La Nación-Ministerio de Educación Nacional, a través de apoderada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, aduciendo que la voluntad del legislador al expedir la norma y la del Presidente al reglamentarla fue la de buscar economía presupuestal y evitar dualidad de funciones, toda vez que las Juntas Seccionales de Deportes ejercen las mismas funciones que las Juntas Municipales y no puede en ningún momento alegarse que hubo exceso de la potestad reglamentaria pues el reglamento lo que hace es aclarar la ley y darle una sana interpretación.

III. CONCEPTO FISCAL.

Considera la Procuradora Primera Delegada ante lo Contencioso de esta Corporación que debe accederse a las súplicas de la demanda, por cuanto la

ley no hace la salvedad o excepción que hace el Decreto Reglamentario y si por el contrario dispone que se podrán organizar Juntas Municipales de Deportes "en cualquier municipio del país".

Que además, son inadmisibles los planteamientos de la apoderada de la demandada relativos a la economía presupuestal y a la dualidad de funciones, puesto que el legislador no lo dice ni explícita ni implícitamente y las entidades territoriales del orden departamental ejercen funciones de coordinación y complementariedad de la acción municipal (artículo 298 C.N.) y en materia de servicios públicos cumplen funciones de apoyo y coordinación respecto de los Municipios.

IV. LA DECISION.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Preceptúa el acto acusado (artículo 11 del Decreto 839 de 1984):

"En las capitales de los Departamentos en donde exista Junta Administradora Seccional de Deportes no podrán constituirse Juntas Municipales de Deportes".

Estatuye el artículo 14 de la Ley 49 de 1983 que se cita como vulnerado:

"Las Juntas Municipales de Deportes a que se refiere esta Ley, son las que se organizan por virtud del derecho de asociación o iniciativa municipal en cualquier municipio del país. Estarán dotadas de personería jurídica, patrimonio propio y funcionarán bajo la orientación, coordinación y control del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte a través de las Juntas Administradoras Seccionales de Deporte donde éstas funcionen".

Como lo advirtió esta Corporación al pronunciarse sobre la suspensión provisional del citado artículo 11 del Decreto 839 de 1984) y que ahora reitera, cuando la disposición contenida en el artículo 14 de la Ley 49 de 1983 hace referencia a que las Juntas Municipales de Deportes son aquéllas que se organizan EN CUALQUIER MUNICIPIO DEL PAIS, está significando que sea el que fuere el municipio, podrá, en virtud del derecho de asociación o por su propia iniciativa, conformar dichas juntas, sin excepción alguna, es decir, dicha ley no excluye de la constitución de Juntas Municipales de Deportes a los

SECCION PRIMERA

municipios que sean capitales de Departamento en donde existan Juntas Seccionales de Deporte como sí lo hace el reglamento.

Además, del contenido del artículo 5o. de la Ley 49 de 1983, a través del cual se asigna a las Juntas Seccionales de Deportes la función de coadyuvar en la formación de las Juntas Municipales de Deportes, se infiere claramente que bien pueden coexistir ambas. Por esta razón no es de recibo el argumento de la parte demandada de que el legislador quiso evitar la dualidad de funciones y que el reglamento propende además de ello por la economía presupuestal, pues siendo diáfano el texto de la ley, el reglamento no puede ir más allá de la voluntad del legislador pretendiendo dar a aquélla un alcance distinto del que verdaderamente tiene.

Subsistiendo pues los motivos que tuvo en cuenta la Sala para decretar la suspensión provisional, se justifica declarar la nulidad del acto acusado.

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

FALLA:

1o): DECLARASE la nulidad del artículo 11 del Decreto 839 de 1984, expedido por el Gobierno Nacional.

2o): DEVUELVA al actor la suma de dinero depositada para gastos del proceso que no fue utilizada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

**SERVICIO PUBLICO DE TRANSITO / AUTORIDAD
DEPARTAMENTAL DE TRANSITO - Funciones / AUDITORIA
MUNICIPAL DE TRANSITO - Funciones**

La función atribuida a las autoridades (Direcciones) departamentales de tránsito corresponden exactamente a las otorgadas a las Inspecciones Municipales de Tránsito Clase A, razón por la cual si los servicios que allí se contienen se encuentran comprendidos en la relación que se hace en el artículo 1o. del acto acusado, sólo respecto de ellos habría de aclararse por el Tribunal la nulidad de la frase que hace parte de dicho precepto y cuya nulidad se pide. CONFIRMA LA NULIDAD del Decreto Departamental 0008 de 1991, en su art. 1 que se ha exceptuado en la parte motiva de esta providencia , a saber: cambio de empresa, licencia de conducción, licencia de funcionamiento de taller, y expedición de fotocopias de documentos.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C. cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).*

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2280. Recurso de apelación contra la sentencia de 30 de Octubre de 1.992 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Actora: STELLA MORALES LOZANO.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la apoderada de la parte demandada contra la sentencia de 30 de Octubre de 1.992, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

SECCION PRIMERA

I.- ANTECEDENTES

I.1.- La ciudadana y abogada STELLA MORALES LOZANO, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca tendiente a obtener la nulidad del artículo 1o. del Decreto 0008 de 11 de Enero de 1.991 "Por medio del cual se reajustan los valores de las tarifas por servicios al Tránsito en el Departamento del Valle", expedido por el Gobernador del Valle del Cauca, pero sólo en la parte que dice: "...en los municipios que tengan Inspecciones de Tránsito Clase A....".

I.2.- Como norma violada se señala en la demanda el artículo 6o. del Decreto Reglamentario no. 1147 de 1.971.

Para fundamentar el cargo de violación la demandante aduce, en síntesis, lo siguiente:

El Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte del Valle no puede ejercer sus funciones donde existan Inspecciones de Tránsito Clase A porque ello genera una dualidad de funciones que las normas superiores en todo momento tratan de evitar.

El Decreto 0008 de 1991 a través del artículo 1o. pretende reajustar tarifas por servicios en el Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte del Valle por funciones que ya cumplen las oficinas locales de tránsito.

Dicho artículo hace una relación de los trámites o clase de servicios, clasifica los vehículos y señala la tarifa. Entre los trámites cita matrículas, cambio de color, tipo, servicio, etc.

Pero resulta, dice, que el Decreto 1147 de 1.971 señala como función de las Inspecciones de Tránsito Clase A, en el artículo 3o.-literal j)-, la expedición de la licencia de tránsito conforme a los trámites y procedimientos que prevé el Capítulo 4o. del título 2o., del Código Nacional de Tránsito, o sea, la misma función señalada para las direcciones departamentales en el artículo 2o. literal k). Y la función del artículo 2o. literal n) es igual a la función descrita en el artículo 3o., literal I) en lo que se refiere a modificaciones de licencias de tránsito (llamadas también tarjetas de propiedad).

Si el D.A.T.T. -Valle- liquida y recauda en los municipios que tengan Inspecciones de Tránsito Clase A, por concepto de servicios de tránsito, es obvio que viola el artículo 6o. del Decreto 114 7 de 1.971, que dice que las oficinas departamentales no pueden cumplir las mismas funciones que las

Inspecciones de Tránsito de Clase A, B, o C.

I.3.- A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión de demanda, fijación en lista, probatoria, alegaciones y concepto fiscal.

Al admitirse la demanda se denegó la suspensión provisional solicitada, decisión que apelada fue confirmada por el superior.

La primera instancia culminó con el proferimiento de la sentencia de 30 de Octubre de 1. 992 que accedió a la pretensión de la demanda, habiendo sido oportunamente apelada por la apoderada del Departamento del Valle del Cauca.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA

En la parte resolutive se dispuso:

“DECLARAR NULA la parte del Artículo Primero del Decreto 0008/91, expedido por el Gobernador del Departamento, por medio del cual reajustan los valores de tarifas por servicios en el Datt que dice: “...en los Municipios que tengan Inspecciones de Tránsito Clase A”.

Para fundamentar su decisión, el *a-quo* consideró, en esencia, lo siguiente:

Después de relacionar las funciones que el artículo 3o. del Decreto 1147 de 1.971 le asigna a las Inspecciones de Tránsito Clase A, concluye diciendo que dicha norma otorga a estas inspecciones la facultad amplia para dirigir, organizar y controlar todo lo relacionado con tránsito municipal, lo cual significa que cuando el Gobernador regula mediante el Decreto 0008 los servicios de tránsito en los municipios que tienen Inspecciones de Tránsito Clase A -servicios referentes a transportes, placas, licencias, permisos, chequeos, etc.-, claramente se establece que dicho Decreto en esa parte viola el artículo 6o. del Decreto 1147 de 1.991, pues ciertamente se configura la dualidad de funciones que fue lo que quiso evitar este último Decreto.

Además, dicha regulación hecha por el Gobernador, toca también con el establecimiento de tarifas. o mejor de gravámenes que al tenor de la ley son de carácter municipal, tributos cuya creación corresponde a los Concejos, respetando lógicamente las autorizaciones legales.

No son de recibo las argumentaciones de la demandada en cuanto a que el Decreto impugnado tiene un asidero legal en la unificación de las tarifas, toda vez que ello no salva la violación de la ley expuesta en la demanda.

SECCION PRIMERA

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La parte demandada manifiesta su inconformidad con la sentencia apelada, en los términos que a continuación se condensan:

En sentencia 035 de 22 de Abril de 1.991, proceso 16.266, el Tribunal se pronunció sobre la legalidad del Decreto 1397 de 20 de Octubre de 1.989; denegando su nulidad con el argumento de que no comporta una doble tributación ya que se limita su texto a señalar el valor de los servicios que paralelamente a los del municipio puede cobrar el Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte del Valle, sin que invada la competencia municipal puesto que no legisla acerca del impuesto de circulación y tránsito, que sí es materia reservada a los Concejos según el artículo 214 del Código de Régimen Municipal.

El artículo 1o. del acto acusado es idéntico al artículo 1o. de aquel Decreto a cuya nulidad no se accedió en esa oportunidad.

El Gobernador del Departamento al dictar el Decreto 0008 de 1991 está cumpliendo con las normas de tránsito que le competen, concretamente con lo ordenado por el artículo 2o. del Decreto 1147 de 1.971, el cual dice que a él le corresponde "Dirigir, organizar y controlar todo lo relacionado con el tránsito, dentro de su territorio, velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia, vigilar y coordinar las actividades de las inspecciones municipales de tránsito y demás oficinas subalternas y rendir los informes que le solicite el Instituto Nacional del Transporte".

Anota que además se suscribió entre el Departamento del Valle y el Municipio de Cali un acta de conciliación, correspondiente a la audiencia que se llevó a cabo el 2 de Septiembre de 1.991 en el recinto de la Fiscalía 3a. del Tribunal Administrativo del Valle, de cuyo contenido se desprenden obligaciones de una y otra parte: El Municipio se compromete principalmente a seguir recaudando para el Departamento y entregarle a éste, sin perjuicio de los derechos municipales, los valores por los derechos de los servicios de tránsito a que se refieren los artículos 1o. y 3o. del Decreto acusado, y a reglamentar los valores a recaudar para 1.992, 1993, 1994, 1995, y 1996. A su turno el Departamento se compromete a invertir en el Municipio de Cali la totalidad de los recursos que por los servicios materia de la conciliación se recauden en el territorio del referido municipio.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Primera Delegada ante esta Corporación en su vista de fondo expresa como razones para solicitar la confirmación del fallo apelado, las que a continuación se resumen:

De conformidad con los artículos 214, 218 y 219 del Código de Régimen Municipal, corresponde a los municipios el recaudo del gravámen por concepto de circulación y tránsito.

El artículo 6o. del Decreto 1147 de 9 de Junio de 1.971 es claro y determinante cuando señala que las autoridades departamentales de tránsito no desarrollarán funciones dentro del territorio de jurisdicción de las Inspecciones Municipales de Tránsito de Clase A "cuando a estas dependencias corresponden las mismas funciones, según este Decreto u otras normas.", funciones que se encuentran señaladas en el artículo 3o. del mismo decreto y comprenden los conceptos básicos inherentes a la materia que regula el tránsito, conceptos que también se encuentran dentro de los artículos que el Decreto acusado pretende reajustar y que se refieren a las mismas materias.

Por último, agrega, que de la cuidadosa lectura del Decreto 1147 de 1.971 es fácil colegir que al señalarse en él, en forma separada, las funciones que le corresponden a cada una de las entidades de tránsito, se estaba buscando con ello el manejo autónomo de cada función con el fin de evitar la coexistencia de gravámenes, unos a favor de entidades de índole departamental y otros a favor de los municipios.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La frase cuya nulidad se pretende hace parte del párrafo inicial del artículo 1o. del Decreto Departamental número 0008 de 11 de Enero de 1.991, que se transcribe a continuación:

"El Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte del Valle, liquidará y recaudará a través de las oficinas de Rentas de la Secretaría de Hacienda Departamental en los municipios que tengan Inspecciones de Tránsito clase A, sin perjuicio de los derechos Municipales establecidos por los respectivos Concejos, los siguientes derechos por servicios de tránsito". (la subraya es de la Sala y corresponde a la frase cuya nulidad se solicita), servicios que enseguida se relacionan, a la vez que se clasifican los vehículos (automotores, motos y similares) y se fijan las tarifas.

SECCION PRIMERA

Tales servicios o trámites son:

“Matrícula inicial, matrícula provisional, rematrícula, traslado de cuenta, registro de cuenta, traspaso, cambio de color, cambio de tipo, cambio de servicio, cambio de empresa, cambio de placa a única nacional, cambio de motor, cambio de chasis, regrabación de número de motor, regrabación de número de chasis, regrabación plaqueta de número de serial, reconstrucción de vehículos, aumento de capacidad, legalización matrícula provisional, cancelación licencia de tránsito (matrícula), registro o cancelación de prenda (limitación a la propiedad), pignoración o despignoración. Duplicado de placa, duplicado de licencia de Tránsito. Revisado de Calcomanía (Certificado de movilización) en el Departamento. Revisado de Calcomanía (Certificado de movilización) en Cali. Traslado de cuenta dentro del Departamento. Traslado de cuenta fuera del Departamento. Licencia de conducción en Cali, Licencias de conducción en el Departamento. Tarjeta de Operación. Chequeo técnico certificado (trámites). Licencia de funcionamiento de Taller. Permisos especiales -Ref. 92 artículo 103 Decreto 1809 Agosto 6/90. Expedición fotocopia de documentos (cada uno). Certificado de tradición y/o propiedad. Refrendación de Licencia de Tránsito Provisional (1 mes)”.

El artículo 6o. del Decreto 1147 de 1.971, reglamentario del Código Nacional de Tránsito Terrestre (Decreto Ley 1344 de 1970), estimado por la actora como infringido por aquella preceptiva, es del siguiente tenor:

“Las funciones de las autoridades departamentales, intendenciales y comisariales de tránsito no se cumplirán dentro del territorio de jurisdicción de las Inspecciones de Clase A, B y C, cuando a estas dependencias correspondieron las mismas funciones, según este Decreto u otras normas.”

La acusación, como atrás ha quedado reseñada, consistió en que el Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte del Valle del Cauca no puede a través de las oficinas de Rentas de la Secretaría de Hacienda Departamental liquidar ni recaudar los derechos por los servicios de tránsito que igualmente se prestan por las Inspecciones de Tránsito de Clase A en sus respectivas jurisdicciones.

Al precisar el cargo, la demandante afirma que esa dualidad o paralelismo de funciones se da en los casos contemplados en los literales J) y l) del artículo 3o. en relación con los literales k) y n) del artículo 3o., normas todas del Decreto 1147 de 1. 971, por lo cual al cobrar el D.A.T-T-Valle- por los servicios Previstos en estas normas, es obvio, concluye la actora, que se viola el artículo 6o. del mismo Decreto.

El *a quo* juzgó que teniendo las Inspecciones Municipales de Tránsito de Clase A la facultad de dirigir, organizar y controlar el tránsito de sus respectivas jurisdicciones, el artículo 1o. del Decreto 0008 de 1991, en su frase acusada, infringía el artículo 6o. del Decreto 1147 de 1971, sin reparar que esta norma establece la prohibición a las autoridades departamentales de tránsito de ejercer sus funciones en las Inspecciones Municipales de Tránsito (Clases A, B y C) sólo en cuanto tales atribuciones estuviesen adscritas igualmente a dichas Inspecciones.

Al revisar los textos legales correspondientes a los aludidos eventos de paralelismo funcional, la Sala constata, ciertamente, que en ambos casos la función atribuida a las autoridades (Direcciones) departamentales de tránsito corresponden exactamente a las otorgadas a las Inspecciones Municipales de Tránsito Clase A, razón por la cual si los servicios que allí se contienen se encuentran comprendidos en la relación que se hace en el artículo 1o. del acto acusado, sólo respecto de ellos habría de declararse por el Tribunal la nulidad de la frase que hace parte de dicho precepto y cuya nulidad se pide.

En otro giro, en tal circunstancia, la frase cuya nulidad se demanda y que reza: “en los municipios que tengan inspección de Tránsito Clase A”, habría de declararse por el *a quo* únicamente con respecto a los trámites o servicios cuya liquidación y recaudos haya previsto en el artículo 1o. del Decreto 0008 de 1991.

Las funciones que paralelamente se le atribuyen en los casos señalados por la actora a las autoridades departamentales y a las Inspecciones Municipales Clase A por el Decreto 1147 de 1971, son literalmente idénticas y se transcriben a continuación:

1a. “Adelantar los trámites y procedimientos que prevé el Capítulo 4o. del título II del Código Nacional de Tránsito acerca de la licencia de tránsito de los vehículos distintos de los enumerados en el literal anterior (artículo 2o. -J- y artículo 3o. -k- del citado Decreto 1147 de 1971).”

El “literal anterior” se refiere en ambos casos a la función de “Expedir y modificar licencia de tránsito para bicicletas y similares, motocicletas, vehículos agrícolas e industriales y vehículos de impulsión humana.”

2a. “Autorizar las modificaciones en las licencias de tránsito, los cambios de vecindad de los vehículos, informando de ello al Instituto Nacional del Transporte, según lo ordena el artículo 15 del Decreto 2169 de 1970 y tramitar lo relativo a las reconstrucciones de vehículos de acuerdo con el artículo 107 del Código Nacional de Tránsito”.

SECCION PRIMERA

Para la Sala, pues, la apreciación del Tribunal en cuanto a que las autoridades departamentales de tránsito no podían regular los referidos servicios en las jurisdicciones de las inspecciones municipales, resulta ser cierta sólo en la medida en que sus funciones específicamente relacionadas en el artículo 2o. del Decreto 1147 de 1.971 se hallaren también comprendidas dentro de las funciones otorgadas en el artículo 3o. *ibidem* a aquellas inspecciones.

Ahora bien, como se puede apreciar en los pretranscritos literales de los artículos 2o. y 3o. del Decreto 1147 de 1.971, la función común a ambas autoridades se refiere a los trámites y procedimientos relacionados con la licencia de tránsito previstos en el Capítulo 4o. del Título II del Código Nacional de Tránsito, modificado por el Decreto Ley 1809 de 1.990.

Conforme a estas normas, la **licencia de tránsito** contendrá los siguientes datos:

- 1.- Características de identificación del vehículo.
- 2.- Destinación y clase para el cual fue homologado por el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito.
- 3.- Nombre del propietario, documento de identidad, domicilio y dirección.
- 4.- Limitaciones de la propiedad.
- 5.- Número de placa asignado.
- 6.- Los demás que determine el INTRA (cuyas funciones están hoy asignadas al Ministerio de Transporte, según Decreto 2171 de 30 de Diciembre de 1.992).

Las características que identifican un vehículo, según las mismas normas, son: número de motor, número de chasis o serie, línea, clase (de vehículo), marca, modelo tipo (de carrocería), color, clase de servicios y capacidad.

En esas normas se estatuye también que los vehículos automotores deberán someterse anualmente a revisión técnico-mecánica con el fin de verificar por lo menos: su estado general, el correcto funcionamiento de los sistemas de frenos (capacidad de frenado), dirección, luces, suspensión, dispositivo acústico, emanación de gases y de los instrumentos de control y seguridad, para así obtener el certificado de movilización que es el comprobante de que dicha revisión se ha efectuado, el cual es requisito imprescindible para poder transitar por las vías públicas o privadas abiertas al público. Igualmente se establece para los

vehículos de servicio público la obligación de llevar además la tarjeta de operación.

Todo lo anterior significa que los servicios insertos en el artículo 1o. del Decreto 0008 de 1.991, relacionados al comienzo de estas consideraciones, quedan comprendidos dentro de los trámites previstos en el Código Nacional de Tránsito Terrestre a que aluden las funciones duales o paralelas a que se ha hecho referencia, salvo las siguientes: cambio de empresa, licencias de conducción, licencia de funcionamiento de taller y expedición de fotocopias de documentos.

Podía entonces el Tribunal válidamente deducir, como lo hizo, la nulidad decretada pero haciendo la advertencia de que dicha anulación (la de la frase acusada) no tendría efectos (anulatorios) respecto de estos últimos servicios, por no estar ellos comprendidos dentro de los paralelismos funcionales señalados por la demandante, razón por la cual habrá de confirmarse el fallo impugnado, pero con esta salvedad.

Desde luego que el argumento de la recurrente relativo a la conciliación efectuada entre el Departamento del Valle y el municipio de Cali, aún admitiendo que ella hubiese sido procesalmente probada, no desvirtúa ni tiene siquiera incidencia alguna en el fallo impugnado ni en los razonamientos aquí expuestos, ya que tal instrumento jurídico es viable utilizarlo en esta jurisdicción, solo cuando se controvierta la responsabilidad contractual o extracontractual del Estado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 6o. del Decreto 2651 de 1.991, que no es precisamente el objeto de la acción aquí incoada.

Tampoco, por supuesto, es de recibo el argumento cimentado en un fallo anterior del *a quo*, que denegó la nulidad pedida, aunque hubiese versado la acusación en aquella oportunidad sobre una norma de idéntica redacción a la que ahora se impugna, ya que basta advertir que el debate que allí se dio fue alrededor de si se daba o no una doble tributación y en relación con el impuesto de circulación y tránsito, enfoque diferente al que en el presente caso se ha planteado.

Claro que aspecto diferente es que las normas sobre este gravámen, cuyo origen se remonta a las leyes 97 de 1913 y 60 de 1939, y consagrado con mayor y más claro desarrollo en la Ley 14 de 1983 (Capítulo IV, artículos 49 y ss.), cuyas disposiciones pertinentes se codificaron en el Decreto Ley 1333 de 1986 (artículos 214 a 219), en un esfuerzo por cristalizar la tendencia política de otorgar mayor autonomía a los municipios, en orden a lograr una adecuada prestación de los servicios públicos a su cargo, prevengan que el comprobante sobre el revisado de que trata el Código Nacional de Tránsito Terrestre

SECCION PRIMERA

(certificado de movilización) no podrá ser expedido sin la cancelación previa del impuesto de circulación y tránsito, cuya base gravable es el valor comercial del automotor, a voces con el artículo 214 del Decreto Ley 1333 de 1986, de cuyo claro contenido, y de las otras normas a que se acaba de hacer referencia, no queda duda alguna de su carácter municipal.

Concordante con esta disposición y consecuente con ella, el mismo Estatuto de Régimen Municipal manda en su artículo 219 que en los municipios en donde no existan Secretarías de Tránsito Clase A, recaudarán el impuesto municipal de circulación y tránsito a que se refiere aquella norma por intermedio de sus tesorerías.

Téngase en cuenta, además que el artículo 1o. del Decreto. 0008 de 1991, deja a salvo los derechos municipales establecidos por los respectivos Concejos. Dicho argumento que, *mutatis mutandi*, es uno de los esgrimidos por la señora Procuradora Delegada ante esta Corporación para solicitar la confirmación de la sentencia apelada, refuerza, si se quiere, aún más las apreciaciones anteriores, pero no alteran en lo más mínimo la salvedad que esta Sala ya atrás advirtió.

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:

Confírmase la sentencia apelada, pero excluyéndose de los efectos de la frase anulada a los servicios o trámites incluidos en el artículo 1o del Decreto Departamental No. 0008 de 1991 que se han exceptuado en la parte motiva de ésta providencia, a saber: cambio de empresa, licencia de conducción, licencia de funcionamiento de taller y expedición de fotocopias de documentos.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada en sesión del día 3 de junio de 1993.-

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

**FISCAL GENERAL DE LA NACION / COMPETENCIA/
DELEGACION DE FUNCIONES / SUSPENSION PROVISIONAL -
Improcedencia**

El punto de derecho controvertido tiene que ver con la interpretación del término “especial” que se ha utilizado por el Constituyente (art. 251 de la C.P.) para asignar la competencia del Fiscal General de la Nación respecto de las funciones que allí se determinan. Como quiera que el artículo 152 de la C.C.A., para efectos de la suspensión provisional establece como metodología de estudio la confrontación de textos, ello de suyo excluye la interpretación que envuelve en sí misma un proceso analítico que permite fijar el alcance de una norma o expresiones que se utilizan en ella, y que sólo es viable de efectuar en la etapa correspondiente a dictar sentencia.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).*

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2284. Actor: HECTOR PABLO RAMIREZ SANDOVAL

No habiendo sido aprobada la ponencia presentada por el Consejero conductor del proceso doctor ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ, corresponde decidir el recurso de reposición interpuesto por el Fiscal General de la Nación contra la providencia de 5 de Marzo de 1.993, en cuanto decretó la suspensión provisional del artículo 1o. de la resolución No. 00099 de 30 de

SECCION PRIMERA

Julio de 1.992, por la cual el Fiscal General de la Nación delega unas funciones en la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

Como motivos de disconformidad aduce el recurrente en síntesis, los siguientes:

1. En el caso que nos ocupa no se da la violación manifiesta, o flagrante que exige el artículo 152 del C.C.A., y respecto de la cual la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que "... si debe penetrarse con alguna profundidad en el concepto o sea en la doctrina que llevan consigo las palabras con que esté redactada la norma superior, o respecto de las figuras o instituciones jurídicas, o los conceptos sobre determinado fenómeno jurídico que jueguen papel en la contención", no es procedente la suspensión provisional.

2. Yerra la Sala al equiparar los términos "especial" con "privativo". La cuestión estriba en saber si el Constituyente, al calificar la función a que se refiere el artículo 251 numeral 1o. con el adjetivo especial quiso significar una atribución privativa y exclusiva del Fiscal General o, lo que parece más lógico y ajustado a las necesidades del servicio en vista del volumen de trabajo y el cúmulo de responsabilidades administrativas como judiciales que le están atribuidas, quiso resaltar la importancia de los procesos e investigaciones que involucran a los altos funcionarios amparados con fuero constitucional. De ahí el calificativo especial. son procesos que, por sus especiales implicaciones, se diferencian de los comunes y ordinarios, y éstos aunque también están bajo su control, no requieren de la atención directa y permanente que es menester en aquéllos que, por la calidad de los sujetos de que trata, sí precisan atención más inmediata y cercana al Fiscal, lo que en modo alguno quiere decir que él personalmente deba adelantar todas las investigaciones, concurrir a todas las audiencias o diligencias, pues no es lógico ni razonable.

3. La Fiscalía General de la Nación actúa a través de delegados del Fiscal General en todos los niveles, teniendo éste la cláusula general de competencia que le permite asumir directamente cualquier investigación o designarla a cualquiera de sus delegados nacionales, lo que no se contrapone a la competencia reglada en términos generales por el C.de P.P.

4. Es necesario recordar las reglas que sobre interpretación de la ley se encuentran en el Código Civil (art. 28 y 34). Para el caso del artículo 251 numeral 1o. de la Constitución es más natural y obvio entender que la palabra

especial quiere decir diferente de lo común y ordinario y no significa que es equivalente a privativo como lo entiende la Sala.

Para resolver se considera:

Evidentemente el punto de derecho controvertido tiene que ver con la interpretación del término "especial" que se ha utilizado por el Constituyente (art. 251 de la C.P.) para asignar la competencia del Fiscal General de la Nación respecto de las funciones que allí se determinan.

Como quiera que el artículo 152 de la C.C.A., para efectos de la suspensión provisional establece como metodología de estudio la confrontación de textos, ello de suyo excluye la interpretación que envuelve en sí misma un proceso analítico que permite fijar el alcance de una norma o expresiones que se utilizan en ella, y que sólo es viable de efectuar en la etapa correspondiente a dictar sentencia.

Por esta razón habrá de revocarse el proveído recurrido.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera,

RESUELVE:

Se revoca el proveído de 5 de Marzo de 1.993, y en su lugar se dispone: Deniégate la suspensión provisional de artículo 1o. de la Resolución No. 0099 de 30 de Julio de 1.992.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 3 de Junio de 1.993.

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

**FISCAL GENERAL DE LA NACION / COMPETENCIA/
DELEGACION DE FUNCIONES (Salvamento de Voto)**

Con base en la precisión del sentido y alcance del vocablo especial, desde el punto de vista gramatical y jurídico, se llega a la conclusión que la función de investigar, calificar y acusar a los funcionarios que gozan de fuero constitucional, prevista en los artículos 251 numeral 1o. de la Carta, 121 ordinal 1o. del C. de P.P. y 22 numeral 5o del Decreto Ley 2699 de 1991, es privativa o exclusiva del Fiscal General de la Nación, y, por lo tanto, no delegable por éste, lo cual, pone en evidencia, que cuando dicho funcionario a través del artículo 1o. de la Resolución acusada la delega en la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de justicia viola flagrantemente las normas constitucionales y legales antes enunciadas.

Referencia: Expediente No. 2284. Actor: HECTOR PABLO RAMIREZ SANDOVAL

Me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala, por cuanto estimo que ha debido confirmarse la medida precautoria, conforme a las razones consignadas en el proyecto de providencia que no mereció la acogida de aquélla, las razones consignadas en la ponencia que presenté y no fue acogida.

En el, sostuve lo siguiente:

“... La providencia recurrida habrá de ser confirmada por las siguientes razones:

La sala considera oportuno aclarar que en acciones como la subexámene para que proceda la medida precautoria es menester, según el artículo 152 del C.C.A., que haya una manifiesta infracción de las normas superiores de derecho

invocadas en la demanda por el acto administrativo acusado, que se pueda establecer por confrontación directa o mediante los documentos públicos aportados con la solicitud.

La confrontación directa que reclama el precepto supone ante todo esclarecer previamente el sentido y alcance tanto de las normas superiores como del acto demandado, es decir, comprender su contenido. Corresponde, en consecuencia, al juez contencioso administrativo determinar el significado gramatical y jurídico de cada uno de los vocablos utilizados en las disposiciones objeto de confrontación, actividad judicial esta que no extraña un análisis o reflexión profunda.

En el presente caso, para poder establecer la confrontación directa entre las normas superiores y el acto demandado, resulta necesario determinar el sentido y alcance de la locución **especial** empleada por el artículo 251 de la Constitución Política (al señalar las funciones del Fiscal General de la Nación) y que es desarrollada por los artículos 22 numeral 5o. del Decreto Ley 2699 de 1.991 (Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación) y 121 numeral Decreto Ley 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal). Con base en dicho análisis somero puede corregirse si el acto demandado quebranta dichas normas cuando delega la función a que ellas se refieren.

La Sala advierte que el vocablo **especial** tiene el siguiente significado en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua: Singular o particular, que se diferencia de lo común, ordinario. Singular significa: Solo, sin otro de su especie. Particular, por su parte, es: Propio y privativo de una cosa. Y, por último, privativo es: Propio y peculiar singularmente de una persona o cosa.

El vocablo **privativo** desde el punto de vista jurídico procesal, y en relación con el ejercicio de las competencias y funciones, significa aquellas que son exclusivas y no delegables por parte de su titular.

Con base en la precisión del sentido y alcance del vocablo **especial**, desde el punto de vista gramatical y jurídico, se llega a la conclusión que la función de investigar, calificar y acusar a los funcionarios que gozan de fuero constitucional, prevista en los artículos 251 numeral 1o. de la Carta, 121 ordinal 1o. del C. de P.P. y 22 numeral 5o del Decreto Ley 2699 de 1991, es privativa o exclusiva del Fiscal General de la Nación, y, por lo tanto, no delegable por éste, lo cual, pone en evidencia, que cuando dicho funcionario a través del artículo 1o. de la Resolución acusada la delega en la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de justicia viola flagrantemente las normas constitucionales y legales antes enunciadas.

SECCION PRIMERA

Cabe señalar además que la delegación de funciones, por su carácter exceptivo, es de interpretación restrictiva, y debe operar por ministerio expreso de la Constitución o de la Ley y no puede estar, por consiguiente, sujeta al libre arbitrio del funcionario titular de la función.

Las consideraciones precedentes constituyen razón potísima para que se mantenga en firme el proveído impugnado...”

Fecha *ut supra*,

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Consejero

**ADPOSTAL - Reestructuración / ESTRUCTURA INTERNA /
PLANTA DE PERSONAL / ADPOSTAL - Reestructuración /
DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES
CONSTITUCIONALES - TEMPORALIDAD / GOBIERNO
NACIONAL - Facultades / PLAZO**

Siendo temporales (dieciocho meses) las facultades del Gobierno otorgadas mediante el precitado ordenamiento, entre las cuales se hallaba la de reestructurar entre otros organismos, a los establecimientos públicos, debió llevar a cabo tal reestructuración y en consecuencia, determinar las modificaciones a la estructura interna y a la planta de personal, dentro del perentorio término de los dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de la constitución, plazo que venció el 7 de Enero de 1993. Agotado el término de las facultades excepcionales no podía el Gobierno ampliarlo, pues a partir de dicho momento regresaron las diversas competencias a sus titulares permanentes como el Congreso, el Presidente de la República o las diferentes autoridades administrativas según el caso. DECRETA LA SUSPENSION PROVINCIONAL de los efectos del art. 23 del decreto 2124 de 1992, en la expresión: "...dentro de los doce (12) meses siguientes a la vigencia del mismo".

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).*

Consejero Ponente: Dr. Yesid Rojas Serrano.

SECCION PRIMERA

Referencia: Expediente No. 2387. Decretos del Gobierno. Actor: CESAR AUGUSTO SANCHEZ MARTINEZ Y OTRO.

En ejercicio de la acción consagrada en el numeral 2o. del artículo 237 de la Constitución Nacional, los actores de la referencia solicitan la nulidad del Decreto 2124 de diciembre 29 de 1992, dictado por el Gobierno Nacional "Por el cual se reestructura la Administración Postal Nacional -ADPOSTAL".

Competencia.

Como lo ha hecho en las anteriores ocasiones, la Sala, reitera su competencia para ejercer el control de inconstitucionalidad de los Decretos dictados por el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, como lo es el Decreto acusado, en virtud de la cláusula residual de competencias consagrada en el ordinal 2o. del artículo 237 de la Carta Política.

Admisión de la demanda.

Aunque a la demanda se acompaña copia simple del decreto acusado, la Sala la acepta en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, "Por el cual se expiden normas para descongestionar los despachos judiciales", teniendo en cuenta además que reúne los requisitos de Ley.

Solicitud de suspensión provisional.

La sustentan los actores en el siguiente argumento:

"El Decreto 2124 de diciembre 29 de 1992, expedido por el Gobierno, es ostensiblemente flagrante y directamente violatorio del artículo 20 transitorio de la Constitución Política de Colombia y normas concordantes de la Carta fundamental, pues resulta totalmente en abierta contradicción con el espíritu y facultades concedidas por la Asamblea Nacional Constituyente, cuya transgresión es fácilmente determinable. El legislador al crear ésta medida cautelar tiende a precaver un daño mayor, como el que se vislumbra al aplicarse plenamente el Decreto acusado, sumándole a él una inconstitucional prórroga de 12 meses para que la junta directiva del Instituto reorganice internamente la Entidad y su planta de personal, para lo cual no existe expresa facultad al tenor del artículo 20 transitorio invocado como norma superior violada, sumándole a ésta circunstancia que cualquier acto que se profiera es extemporáneo porque rebasa el término de 18 meses previsto en el ya citado artículo constitucional".

De los términos anteriores se infiere que los accionantes solicitan la suspensión provisional del artículo 23 del Decreto acusado, que a la letra dice:

“ARTICULO 23. Adecuación de la Estructura Interna y de la Planta de Personal. La Junta Directiva de ADPOSTAL procederá a determinar las modificaciones a la estructura interna y a la planta de personal, que sean necesarias de acuerdo con lo previsto en el presente Decreto, dentro de los doce (12) meses siguientes a la vigencia del mismo.

“La planta de personal que se adopte, entrará a regir para todos los efectos legales y fiscales a partir de su publicación”.

Del contenido de la norma transcrita se advierte una manifiesta violación del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, porque siendo temporales (dieciocho meses) las facultades del Gobierno otorgadas mediante el precitado ordenamiento, entre las cuales se hallaba la de reestructurar entre otros organismos, a los establecimientos públicos, debió llevar a cabo tal reestructuración y en consecuencia, determinar las modificaciones a la estructura interna y a la planta de personal, dentro del perentorio término de los dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, plazo que venció el 7 de Enero de 1993.

Agotado el término de las facultades excepcionales no podía el Gobierno ampliarlo, pues a partir de dicho momento regresaron las diversas competencias a sus titulares permanentes como el Congreso, el Presidente de la República o las diferentes autoridades administrativas según el caso.

En consecuencia, procede la solicitada suspensión provisional del artículo 23 del Decreto acusado, en la expresión: “ ... dentro de los doce (12) meses siguientes a la vigencia del mismo”.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o. **ADMITIR** la demanda de nulidad presentada por los señores Cesar Augusto Sánchez Martínez y Edgar Sanabria Guerrero, contra el Decreto 2124 de 29 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, “Por el cual se reestructura la Administración Nacional -ADPOSTAL-” Para su trámite, se dispone:

SECCION PRIMERA

a) Notifíquese a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Trabajo y Seguridad Social, de Comunicaciones, al señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y al señor Director de la Administración Postal Nacional -ADPOSTAL-, en la forma prevista por el artículo 150 del C.C.A.. Entrégueseles copia de la demanda y sus anexos.

b) Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación.

c) La parte actora deberá depositar, en el término de cinco (5) días la suma de CINCO MIL PESOS (\$5.000.00) M/cte., para gastos ordinarios del proceso.

d) Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días, para que la parte demandada y demás intervinientes contesten la demanda, propongan excepciones y soliciten pruebas.

e) Por Secretaría, solicítese a las oficinas correspondientes el envío, en el termino de diez (10) días, de los antecedentes administrativos del acto acusado.

2o. **DECRETASE** la suspensión provisional de los efectos del artículo 23 del Decreto 2124 de 1992, en la expresión: "dentro de los doce (12) meses siguientes a la vigencia del mismo".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día tres (3) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

**PROSOCIAL - Reestructuración / ESTRUCTURA INTERNA /
PLANTA DE PERSONAL / DECRETO LEGISLATIVO DE
FACULTADES CONSTITUCIONALES - Temporalidad /
GOBIERNO NACIONAL - Facultades / PLAZO.**

La autorización al Consejo Directivo de PROSOCIAL para que establezca la organización administrativa e introduzca las modificaciones necesarias a la estructura interna y a la planta de personal de dicha entidad, en principio no contraría el artículo transitorio 20 de la Carta Política, ya que el Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad de reestructuración bien podía asignar competencias a otras autoridades como el citado Consejo Directivo, o reiterar dichas competencias en los organismos que de por sí las tienen en forma permanente. Lo que no podía el Gobierno con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional era establecer un término adicional para la modificación de la estructura interna y de la planta de personal de PROSOCIAL, por fuera del término de que se disponía para ejercer las facultades excepcionales. SUSPENDE PROVISIONALMENTE los efectos de la siguiente frase contenida en el artículo 4° del Decreto 2146 de 1992, "... en un término no superior a un (1) año contado a partir de la vigencia del presente Decreto".

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).*

Consejero Ponente: Dr. Yesid Rojas Serrano.

SECCION PRIMERA

Referencia: Expediente No. 2389. Decretos del Gobierno. Actor: JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ.

El actor de la referencia presentó demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra el Decreto No. 2146 de Diciembre 30 de 1992, "por el cual se reestructura la PROMOTORA DE VACACIONES Y RECREACIÓN SOCIAL -PROSOCIAL-" expedido por el Presidente de la República, "en ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política".

I. COMPETENCIA.

Como lo ha hecho en otras oportunidades la Sala empieza por reiterar su competencia para ejercer el control de constitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional con base en el artículo 20 transitorio de la Constitución Nacional, en virtud de lo dispuesto en el ordinal 2o. del artículo 237 de la Carta Política.

II. ADMISION DE LA DEMANDA.

Como quiera que la demanda reúne los requisitos de ley, la Sala deberá admitirla y ordenar su tramitación tal como se dispone en la parte resolutive de esta providencia.

III. SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL.

En escrito separado el actor solicita la suspensión provisional del acto acusado, con base en los argumentos que en síntesis se expresan a continuación:

Primer Cargo: El Decreto fue expedido sin el cumplimiento del requisito previo, condicionante y vinculante de "evaluación y recomendaciones de una comisión...". No hay actas en las que aparezca tal circunstancia en relación con PROSOCIAL, en lo que respecta a su reestructuración de que trata el Decreto 2146 acusado.

Segundo Cargo: Suspensión provisional del artículo 4o. del Decreto 2146, por delegar el Presidente en el Consejo Directivo de PROSOCIAL lo delegado por la Constituyente y por ampliar el Presidente en un año el término de 18 meses señalado por la misma.

Tercer Cargo: Suspensión provisional de los artículos 2, 4, 5 y 6 del Decreto 2146. De conformidad con el artículo 150 numeral 19 literal f), el Presidente de la República solo tiene atribuciones en lo relacionado con los

trabajadores oficiales, a fijar el régimen de prestaciones sociales mínimas, más no a establecerles causal de retiro bajo la denominación de supresión de empleos, exclusiva de los empleados públicos.

Conforme al artículo 189 numeral 14, la atribución del Presidente sobre supresión de empleos es para la administración central y no para la descentralizada como lo es PROSOCIAL.

Cuarto Cargo: Suspensión provisional de los artículos 9 y 12. A este respecto el accionante cita apartes de los artículos 58, 53, 39, 55 y 5 de la Constitución Nacional, para terminar diciendo que mediante el Decreto acusado, se “menoscaban”, son “desconocidos y vulnerados” el derecho convencional a la indemnización, que derivado de la contratación colectiva forma parte del patrimonio contractual individual de cada trabajador oficial de PROSOCIAL. Se agrega que se desconoce y menoscaba el derecho legal a la pensión proporcional de jubilación, por despido sin justa causa con más de 10 años de servicio o pensión sanción.

Quinto Cargo: Suspensión provisional del numeral 4o. del artículo 9o., por violar el literal d) inciso 2o.- del artículo 36 de la Convención Colectiva sobre acción de reintegro por despido sin justa causa con más de 10 años de servicio y de los artículos 53 y 58 de la Constitución Nacional.

Sexto Cargo: Suspensión provisional del artículo 6o. del Decreto 2146, por violar flagrantemente el artículo 35 de la Convención Colectiva, en cuanto a la autorización administrativa previa del Ministerio de Trabajo, en caso de despido masivo, y violación de los artículos 39, 53 y 58 de la Constitución Nacional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Se referirá la Sala a cada uno de los cargos en el mismo orden en que se formulan en la solicitud de suspensión provisional.

En relación con el primer cargo consistente en que para la expedición del Decreto acusado no se tuvieron en cuenta las recomendaciones de la Comisión para la “Modernización del Estado”, debe reiterarse que no es materia de esta etapa del proceso analizar tal evaluación, pues tal análisis implicaría la necesidad de contestar interrogantes relativos a si se conformó o no toda la Comisión; al sentido del concepto y a la trascendencia y obligatoriedad del mismo, todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo transitorio 20 de la Constitución racional.

SECCION PRIMERA

El segundo cargo se formula concretamente contra el artículo 4o. del Decreto impugnado, en el que se dispone:

“En cumplimiento de las funciones PROSOCIAL adelantará un programa general de reestructuración administrativa y de personal, tendiente a ajustarla a las necesidades de su objeto social, para lo cual el Consejo Directivo establecerá la organización administrativa, el ajuste de la planta de personal, supresión, modificación y fusión de los cargos y dependencias que sean necesarias, en un término no superior a un (1) año contado a partir de la vigencia del presente Decreto, de acuerdo con las normas legales vigentes”.

Como en otras oportunidades aquí también considera la Sala que la autorización al Consejo Directivo de PROSOCIAL para que establezca la organización administrativa e introduzca las modificaciones necesarias a la estructura interna y a la planta de personal de dicha entidad, en principio no contraría el artículo transitorio 20 de la Carta Política, ya que el Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad de reestructuración bien podía asignar competencias a otras autoridades como el citado Consejo Directivo, o reiterar dichas competencias en los organismos que de por sí las tienen en forma permanente.

Lo que no podía el Gobierno con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional era establecer un término adicional para la modificación de la estructura interna y de la planta de personal de PROSOCIAL, por fuera del término de que disponía para ejercer las facultades excepcionales por lo cual, respecto del artículo 4o. acusado procede la suspensión provisional de la expresión “... en un término no superior a un (1) año contado a partir de la vigencia del presente Decreto”.

En casos como el presente la Sala ha encontrado que la ampliación del término para ejercer las facultades excepcionales previstas en el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional contraría en forma manifiesta el citado ordenamiento constitucional, por las razones que a continuación se expresan:

“... La Sala considera que las facultades otorgadas al Gobierno Nacional mediante el artículo transitorio 20 de la Constitución eran excepcionales no solo desde el punto de vista temporal (dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución) y desde el punto de vista del objetivo y finalidad (poner las entidades de la rama ejecutiva “en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella

establece”), sino también desde el punto de vista de la materia, en cuanto, por ser excepcionales, ellas reunían en cabeza del ejecutivo, durante el período citado, todas las competencias relacionadas con la supresión, fusión y reestructuración de las entidades, estuvieran ellas, en virtud de las normas permanentes, ya fuera en cabeza del Congreso, del mismo Gobierno o de otras autoridades.

“Por lo mismo, agotado el término de las facultades excepcionales, las diversas competencias regresan a sus titulares permanentes: unas al Congreso y al Presidente de la República según la Constitución; y otras, a las diferentes autoridades administrativas que puedan tenerlas, conforme con la ley”. (Auto de 17 de mayo de 1993, expediente 2321, Consejero Ponente, Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez).

En relación con el tercero, cuarto, quinto y sexto cargos en los cuales se fundamenta la solicitud de suspensión provisional de los artículos 2o., 4o., 5o., 6o., 9o. y 12 del Decreto acusado, procede una observación general, según la cual, para definir si hubo exceso por parte del Gobierno en el ejercicio de las facultades otorgadas en el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, no es suficiente hacer una simple comparación entre las normas acusadas con las que se consideren violadas, sino que es necesario dilucidar y determinar a través de análisis y disquisiciones que van más allá de la simple y elemental confrontación de normas, hasta dónde llegaban esas facultades y en especial la relativa a la reestructuración de las entidades a que se refiere dicho ordenamiento constitucional.

De otra parte, concretamente en relación con el tercer cargo hay que tener en cuenta lo que ya ha expresado esta Sala, en el sentido de que la función de reestructurar que le fuera asignada al Gobierno en el artículo 20 transitorio lleva ínsita la de suprimir empleos desempeñados por empleados o por trabajadores oficiales tanto de la Administración Central como a nivel de las entidades descentralizadas, entre las cuales figura PROSOCIAL.

Ahora, en lo referente al desconocimiento de derechos consagrados en la Convención Colectiva (4o., 5o. y 6o. cargos), la Sala considera que tal aspecto amerita un estudio de fondo, impropio de esta etapa procesal, tendiente a esclarecer si el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades consagradas en el artículo transitorio 20 podía establecer o no regulaciones diferentes a las pactadas en convenciones colectivas o aún incompatibles con éstas.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

SECCION PRIMERA

RESUELVE:

1o. ADMITIR la demanda de nulidad presentada por el doctor Jairo Villegas Arbeláez contra el Decreto 2146 de 30 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, "Por el cual se reestructura la Promotora de Vacaciones y Recreación Social -PROSOCIAL-", para su trámite, se dispone:

a) Notifíquese a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Trabajo y Seguridad Social, al señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y al señor Gerente de la Promotora de Vacaciones y Recreación Social -Prosocial-, en la forma prevista por el artículo 150 del C.C.A.. Entrégueseles copia de la demanda y sus anexos.

b) Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación.

c) La parte actora deberá depositar, en el término de cinco (5) días la suma de CINCO MIL PESOS (\$5.000.00) M/cte., para gastos ordinarios del proceso.

d) Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días, para que la parte demandada y demás intervinientes contesten la demanda, propongan excepciones y soliciten pruebas.

e) Por Secretaría, solicítese a las oficinas correspondientes el envío, en el término de diez (10) días, de los antecedentes administrativos del acto acusado..

2o. DECRETASE la suspensión provisional de los efectos de la siguiente frase contenida en el artículo 4o. del Decreto 2146 de 1992, "... en un término no superior a un (1) año contado a partir de la vigencia del presente Decreto".

3o. DENEGAR la suspensión provisional de los efectos de las demás normas cuya suspensión se solicita.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día tres de junio de 1993.

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

**CAJA AGRARIA-Reestructuración / PLANTA DE PERSONAL /
SUPRESION DE EMPLEOS / DERECHOS ADQUIRIDOS-
Inexistencia / GOBIERNO NACIONAL - Facultades / DECRETO
LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES -
Temporalidad / PLAZO**

En materia de Derecho Público no hay derechos adquiridos, noción está admitida universalmente por el Derecho, que se refiere sustancialmente a los derechos patrimoniales, es decir, a los que con título legítimo hacen parte del haber de las personas privadas. En cuanto a la preconizada estabilidad laboral de los trabajadores de la Caja, que el actor deriva de la Convención Colectiva de Trabajo, no puede concebirse como un derecho indefinido a conservar un cargo que impida al Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades que le otorgó el artículo transitorio 20 de la Carta, consagrar como causal de terminación del vínculo contractual la supresión de cargos como consecuencia de la reestructuración de las entidades estatales. Con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución, el Gobierno no podía establecer un término adicional para modificar la planta de personal de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por fuera del término que tenía para ejercer las facultades excepcionales

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y tres
(1993).*

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

SECCION PRIMERA

Referencia: Expediente No.2397. **Acción:** Nulidad. **Actor:** SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO -SINTRACREDITARIO-

El Sindicato de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero -SINTRACREDITARIO-, a través de apoderado debidamente constituido, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha acudido ante esta Corporación a demandar la nulidad, previa suspensión provisional, del Decreto número 2138 de 30 de Diciembre de 1992, "por el cual se reestructura parcialmente la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero", expedidos por el Gobierno Nacional.

I.- LA ADMISION DE LA DEMANDA.

Como la demanda y sus anexos se ajustan a las previsiones de los artículos 137 a 142 del C.C.A., es del caso decretar su admisión así se hará en la parte resolutive de este proveído.

II.- LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

II.1.- Presentada en escrito separado al de la demanda, aparece sustentada, en síntesis, así:

PRIMER CARGO

El Decreto 2138 de 30 de Diciembre de 1.992, a través de los artículos 6o. a 13 y 17 a 22 convierte la reestructuración en una justa causa para dar por terminados los contratos de trabajo mediante la supresión de empleos de manera definitiva, así como también crea un régimen de traslados una vez terminados los contratos de trabajo, olvidando que debía atender al parágrafo del artículo 52 de la Convención Colectiva de Trabajo, según el cual "Cualquier reestructuración de la Caja, cualquiera sea el fin con que se realice, respetará los derechos adquiridos, de los trabajadores de la institución quienes seguirán beneficiándose de la Convención Colectiva sin ninguna discriminación, pues su relación de trabajo se considera que no ha tenido interrupción alguna para todos los efectos legales y prestacionales".

Por eso se advierte una abierta incompatibilidad con el régimen de protección y tutela de derechos adquiridos que la Constitución consagra en el artículo 53, inciso final, cuando dijo que los convenios de trabajo no pueden menoscabar los derechos de los trabajadores, criterio que reitera la Carta en los artículos 215, inciso final, 336 y 58, habiendo prescrito en este último que tales derechos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.

De dichos preceptos constitucionales se desprende que la reestructuración debe consultar en todo caso el respeto a los derechos adquiridos a través de la Convención Colectiva de Trabajo.

La manera como surge la incompatibilidad entre el régimen convencional y el consagrado en el Decreto 2138 consiste en que en materia pensional se le sustrae del cumplimiento y pago del régimen indemnizatorio, por cuanto el artículo 48 del Decreto 2127 de 1945 jamás consagró como justa causa el reconocimiento de la Pensión de Jubilación de origen convencional. Se trata, entonces, dice el actor, de darle a los trabajadores oficiales con estatus pensional un tratamiento discriminatorio, contrariando así el artículo 13 de la Constitución Nacional, pues existirían para la Caja trabajadores en condiciones inferiores, los pensionados, frente a los trabajadores activos.

El régimen indemnizatorio contemplado en el artículo 11 del Decreto acusado es inferior al consagrado en la Convención Colectiva.

El régimen de estabilidad convencionalmente consagrado lo desconoce el Decreto 2138 al crear éste formas de desvinculación tales como la supresión de cargos o empleos con el pretexto de reestructurar la Caja, porque ello implica crear una justa causa cuya aplicabilidad desconoce el régimen de derechos adquiridos y el derecho de defensa y el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política y desarrollado en el artículo 63 de la Convención Colectiva de Trabajo.

De la misma manera se infringen las normas que amplían el Fuero Sindical y consagran los Fueros Convencionales y haciéndose negatorio el cumplimiento de la gestión sindical de la cual son titulares los representantes sindicales por mandato del artículo 39, inciso 4o. de la Carta.

El régimen de traslados consecuencial a la reestructuración es ilógico, ya que no puede trasladarse de cargo u oficio a quien se le ha suprimido el mismo ya que el vínculo contractual ha desaparecido. No obstante esto, se remite al régimen de empleados públicos para aplicar las normas sobre traslado a quienes por su calidad de trabajadores oficiales sólo es dable aplicarles el régimen convencional y legal consagrado en el Decreto 2127 de 1.945.

El Decreto 2138 quebranta las normas constitucionales que garantizan el derecho de asociación y negociación colectiva por cuanto son los comités previstos en la Convención Colectiva el escenario en el cual las diferencias entre empresas y trabajadores deben ser dirimidas.

SECCION PRIMERA

SEGUNDO CARGO

Los mismos artículos del Decreto acusado señalados en el cargo precedente violan los artículos 53, incisos 2o. y 4o., 54, 58, inciso 2o., 215, 333, 334 y 336 de la Constitución Nacional en relación con la Ley 37 de 1.967 que ratificó el Convenio 88 relativo a la organización del servicio del empleo que entró en vigor desde el 10 de Agosto de 1.950.

Tales artículos son incompatibles con la nueva Constitución y en particular frente a los Convenios Internacionales de Trabajo debidamente ratificados que hacen parte de la legislación interna.

Existe un conjunto de preceptos constitucionales que obligan al Estado a intervenir para proteger la estabilidad en el empleo y asegurar que los beneficios convencionales sean garantías mínimas no susceptibles de renuncia alguna. Luego la incompatibilidad manifiesta surge precisamente a consecuencia de la inobservancia de estos preceptos.

La intervención del Estado tiene dos limitaciones: la primera, proveniente del mínimo de derechos consagrados en la ley y en las convenciones colectivas de trabajo que tienen un carácter irrenunciable y que debe asegurar la capacitación y el adiestramiento; la segunda, que el sujeto empresarial es titular de la propiedad y, como empresario, la libre competencia tiene como limitante la función social de la propiedad como unidad de explotación económica con una proyección eminentemente social.

Luego el Decreto 2138 de 1.992 desconoció estos criterios rectores en materia intervencionista bajo la convicción equivocada de que intervenía para reestructurar a la Caja Agraria y que este medio, la reestructuración, se convertía en causa de la supresión de empleos. Es decir, que la reestructuración es fuente de desempleo, contrariando así el concepto de política de empleo que consigna nuestra Carta en coordinación con los Convenios Internacionales que regulan el pleno empleo.

TERCER CARGO

Los mismos artículos del Decreto demandado señalados, en los cargos anteriores violan los artículos 64, 65, 66 y transitorio 20 de la Constitución Nacional, por cuanto, sostiene el actor, las facultades que el Gobierno Nacional derivaba de esta última norma estaban limitadas en su ejercicio al deber del Estado de reestructurar la Caja Agraria, teniendo en consideración a los trabajadores agrarios y a los campesinos en general con el propósito de incrementar la productividad, pero dotando a la Caja de unos sistemas de crédito,

de comercialización, asistencia técnica, investigación y tecnología que convierta al campo en fuente de desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, directrices señaladas en los artículos 64, 65, y 66 de la Carta, a las que no se adecua el Ejecutivo cuando establece el número y composición de las regionales, tomando como criterios la descentralización, desconcentración, racionalización, y habiendo fijado además un sistema de autonomía financiera y administrativa, lo que de por sí permite evidenciar la manifiesta violación de estas normas superiores por los artículos acusados.

CUARTO CARGO

El Decreto 2138 de 30 de Diciembre de 1.992 es ilegal por cuanto violó el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional en la forma y modalidades que en el presente cargo se desarrollan:

1.- Las atribuciones que otorgó el Gobierno el artículo transitorio 20 para suprimir, fusionar y/o reestructurar las entidades administrativas estatales del orden nacional, no eran discrecionales. Estaban condicionadas no sólo en cuanto al tiempo para su ejercicio -dieciocho meses-, sino a las recomendaciones de una Comisión y tenían por objeto poner aquellas entidades "en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece", que son los términos del propio artículo 20.

Esta última condición implicaba que el Gobierno no podía efectuar ese reajuste institucional, de acuerdo con su libre apreciación, sino de conformidad con la objetiva necesidad resultante de la Constitución de 1.991. la reforma era viable en el presente caso, sólo como consecuencia de disposiciones constitucionales expresas a fin de adecuarla a los principios rectores en materia de política agropecuaria y no del capricho del Gobierno.

En el caso de la Caja Agraria no se presentaban esas circunstancias.

En efecto, la redistribución de competencias y de recursos económicos y fiscales que hizo la Constitución de 1991 no afectó en forma alguna y de manera directa a la Caja Agraria, de como que obligara a su reforma. Las únicas disposiciones constitucionales nuevas que podrían invocarse en tal sentido serían las de los artículos 64, 65 y 66 que habrían debido producir un reforzamiento de la Caja, pero no la contradictoria reducción de su aparato administrativo y de su personal que, en esencia; es el efecto concreto del Decreto 2138.

SECCION PRIMERA

Pero, como en verdad aquellas disposiciones no imponían dicho reajuste, el Gobierno no estaba habilitado constitucionalmente para dictar tal Decreto.

2.- Igualmente, se presenta otra evidente violación del artículo transitorio 20: el Decreto 2138, como se aprecia en sus artículos 2o., 3o., 5o., 6o., 8o., 9o., 10o. y 20, empleó una modalidad de ejercicio de las facultades que es incompatible con su preceptiva.

La reestructuración de la Caja ha debido quedar hecha en el Decreto 2138. Adoptarla por la vía de los acuerdos de su Junta Directiva, es una violación del artículo 20 en que se fundó, puesto que éste no autorizó al Gobierno para delegar o transferir las facultades que le otorgaba en ningún otro organismo y menos en el mismo que iba a ser reestructurado. Sin embargo, en las disposiciones acusadas indicadas, se delega en la Junta Directiva de la Caja las facultades para reestructurarla.

3.- Otra flagrante inconstitucionalidad se deriva de que la reestructuración que efectuará la Junta Directiva de la Caja se realizará después del vencimiento del término de dieciocho meses señalado por el artículo transitorio 20, término cuya iniciación fue la entrada en vigencia de la nueva Constitución, la que se produjo el 4 de Julio de 1.991, fecha de su promulgación, siguiendo lo que en este aspecto dispuso su artículo 380.

De lo anterior se desprende que el tiempo hábil para dictar la reestructuración de la Caja se terminó el 3 de Enero de 1.993. Por ello ni el Gobierno ni la Junta Directiva de la Caja, invocando esas facultades, podrían dictar medidas de reestructuración de esa entidad sin violar el artículo transitorio 20 de la Constitución, transgresión que se hace manifiesta a través del artículo 20 del Decreto demandado.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar, la Sala, como lo ha hecho en otros pronunciamientos, reitera su competencia para ejercer el control de constitucionalidad de los Decretos dictados por el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Carta, como el Decreto 2138 de 1992 acusado, en virtud de la cláusula residual de competencia que al Consejo de Estado le atribuye el numeral 2o. del artículo 237 de la Constitución Política.

En relación con los cargos de violación manifiesta, serán analizados en el mismo orden en que han sido formulados y reseñados en este proveído, así:

PRIMER CARGO

Se funda, en que las “disposiciones laborales transitorias” del Decreto 2138 de 1992 que se han acusado, convierten la reestructuración en una justa causa para dar por terminados los contratos de trabajo mediante la supresión de cargos de manera definitiva, a la vez que desconocen los regímenes pensional, indemnizatorio, de estabilidad laboral, de traslados, de garantías sindicales y los derechos de asociación y negociación colectiva, los cuales están reconocidos y concretados en la Convención, Colectiva que rige en el Instituto de Crédito Agrario Industrial y Minero, y en disposiciones legales, y protegidos por disposiciones constitucionales - artículo 58 y 53, 215 y 336 en sus respectivos incisos finales que tutelan dichos derechos adquiridos, por lo cual se da, afirma el actor, el quebranto manifiesto de estas normas.

En torno a la manifiesta violación de disposiciones legales (cita sólo el Decreto Reglamentario 2127 de 1.945. que es reglamentario de la Ley 6a. de 1.945) y de la Convención Colectiva que rige en la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, dada la asimilación o mejor equivalencia a norma legal que a estos acuerdos se otorga, en cuanto a la obligatoriedad entre las partes, la Sala reitera una vez más que los Decretos expedidos en ejercicio de la facultad concedida en el artículo transitorio 20 de la Constitución tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley, por lo cual la real o aparente contradicción entre disposiciones contenidas en Decreto de la misma naturaleza no puede servir de fundamento para impetrar la nulidad y previa suspensión provisional, pues se trataría de normas jurídicas generales que estarían en la misma jerarquía dentro de las regulaciones positivas de derecho y por lo mismo no podría predicarse quebrantamiento de unas por parte de otras de esas normatividades.

El actor señala que se vulneran los derechos adquiridos a través de aquellas normas en una manifiesta transgresión de las disposiciones constitucionales que se han indicado.

En cuanto al quebranto del artículo 53 de la Carta no puede darse la violación aducida toda vez que las normas acusadas no son el resultado de ningún convenio laboral como lo destaca el accionante, sino el resultado del ejercicio de una facultad constitucional.

En lo concerniente a la violación del inciso final del artículo 215 *ibídem*, se advierte que esta norma está referida es a los decretos que el Gobierno expida con ocasión de los “Estados de excepción”, que son de índole diferente al que se acusa, el cual tiene origen en las atribuciones que le otorga el artículo transitorio 20 de la Carta.

SECCION PRIMERA

En lo relativo a la manifiesta violación del artículo 336 que contempla el respeto de los derechos adquiridos por los trabajadores, obsérvese simplemente que esa regulación está referida y en concordancia con el inciso 2o. del mismo artículo, según el cual la ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita, materia ajena al aspecto en las normas acusadas.

Y en lo atinente a la manifiesta infracción del artículo 58 de la Carta, en cuanto dispone que los referidos derechos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, la Sala advierte que esta preceptiva está referida a los derechos civiles, o sea, que comprende las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles, comprendidas en el Código Civil y a que alude su artículo 1o., concordante con el artículo 35 del C.de R.P. y M. (Ley 4a. de 1.913). De ahí que se haya interpretado que en materia de Derecho Público no hay derechos adquiridos, noción esta admitida universalmente por el Derecho, que se refiere sustancialmente a los derechos patrimoniales, es decir, a los que con título legítimo hacen parte del haber de las personas privadas. Como las normas acusadas no están referidas a derechos civiles debe, en consecuencia, desecharse el cargo.

No se advierte tampoco la manifiesta transgresión del artículo 13 de la Carta porque lo que es una incompatibilidad entre la pensión Jubilatoria y las indemnizaciones por la supresión del cargo a que se refiere el mismo Decreto, conceptos diferentes de los cuales mal puede deducirse la desigualdad a que se refiere el actor en el cargo.

La censura consistente en que al suprimirse con el pretexto de reestructurar la Caja se quebrante el derecho de defensa y el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta, no pasa de ser una simple afirmación sin explicación alguna sobre el por qué de su quebranto, motivo por el cual la Sala no se ocupará de ella.

En cuanto a que las normas acusadas en este cargo vulneran las normas constitucionales que garantizan el derecho de asociación y negociación colectiva, que lo es específicamente el artículo 55 que no cita concretamente el actor, la Sala no encuentra su manifiesta infracción, pues no se advierte en ninguna de las disposiciones acusadas que ellas limiten el ejercicio de tal derecho, ya que en ellas se regulan otras situaciones.

Finalmente, en cuanto a la preconizada estabilidad laboral de los trabajadores de la Caja, que el actor deriva de la Convención Colectiva de

Trabajo, no puede concebirse como un derecho indefinido a conservar un cargo que impida al Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades que le otorgó el artículo transitorio 20 de la Carta, consagrar como causal de terminación del vínculo contractual la supresión de cargos como consecuencia de la reestructuración de las entidades estatales, como lo ha sostenido la Sala en caso similar (Auto de 13 de Mayo de 1993; expediente 2344; actor, Germán Plazas González y otros).

SEGUNDO CARGO

Basta la lectura de las disposiciones infringidas por el acto acusado, para reducir si dubitaciones que no se da una manifiesta infracción.

El actor se limita a expresar que las disposiciones acusadas, 14 en total, son incompatibles con los 7 artículos de la Carta Política, la mayoría de los cuales contienen numerosos incisos, porque éstos obligan al Estado a intervenir para proteger la estabilidad en el empleo y asegurar que los beneficios convencionales sean garantías mínimas no susceptibles de renuncia alguna.

Discurre acerca de como debe desarrollarse por el Estado una política en tal sentido, sin que precise en donde radica la contradicción entre las diversas normas acusadas y los preceptos superiores que dice se quebrantan por aquellas.

La acusación carece pues de las expresas exigencias previstas en el artículo 152 del C.C.A. que han sido tan reiteradamente interpretadas por la Jurisprudencia de esta Corporación y la doctrina nacional, motivo por el cual se desecha el cargo.

TERCER CARGO

Los términos de esta censura permiten evidenciar que las disposiciones acusadas no violan manifiestamente los artículos 64, 65, 66 y 20 transitorio de la Constitución.

Para entrar a determinar si el Gobierno Nacional fue más allá de las atribuciones expresadas en esta última norma, lo que traerá como consecuencia el quebranto de aquellas otras disposiciones constitucionales, no basta una simple confrontación de las disposiciones acusadas con estos preceptos superiores, sino que es preciso, como ya lo ha advertido la Sala en varias oportunidades definir hasta dónde iban las facultades concedidas al Gobierno Nacional en lo relativo a la reestructuración de las diferentes dependencias de la Rama Ejecutiva y de sus entidades descentralizadas; y sí en el caso concreto de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero había o no necesidad de ponerla en

SECCION PRIMERA

consonancia con la nueva Constitución, o si, por el contrario, antes de la expedición de la Carta Política, por sus objetivos, funciones, organización, financiación y control, etc, ya dicha entidad armonizaba con la voluntad del constituyente, y, si se cumplen o no los objetivos o finalidades estatales en relación con los que se propenden a través de la reestructuración, lo que no es, posible en este estado del proceso.

CUARTO CARGO

Afirma el actor que el Decreto 2138 de 1992 viola el artículo transitorio 20 de la Carta mediante tres modalidades diferentes, atrás reseñadas.

En relación con la primera forma o modalidad de transgresión, dadas las explicaciones sobre la presunta infracción, el actor debe estarse a los razonamientos y deducciones consignados en este proveído al examinar los cargos 2o. y 3o.

En cuanto a las modalidades. 2a. y 3a. de este cargo, consistentes en que la reestructuración de la Caja no podía efectuarse a través de la delegación en su Junta Directiva de las facultades que se le otorgaban al Gobierno en la norma transitoria 20, y que ni de ni aquella podían dictar medidas de reestructuración por fuera del término hábil que venció el 7 de Enero de 1993 y no el 3 como lo afirma el actor, porque se infringía aquella norma constitucional, a través del artículo 20 del Decreto 2138, que reza: "Adecuación de la Planta de Personal.- La Junta Directiva de la caja.de Crédito Agrario, Industrial y Minero procederá a determinar las modificaciones a la planta de personal, que sean necesarias de acuerdo con lo previsto en el presente decreto, dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia del mismo.", la Sala considera que en cuanto se autoriza por esta disposición a la Junta Directiva de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero para determinar las modificaciones a la planta de personal que sean conforme a lo previsto en el Decreto del cual hace parte la pretranscrita disposición, la acusación no tiene vocación de prosperidad, por cuanto al expresarse en ella que la Junta Directiva de la Caja determinará las modificaciones de la planta de personal que sean necesarias de acuerdo con el mismo Decreto, no puede entenderse en este momento procesal, como una delegación de tales facultades, sino como una simple, directa y expresa referencia a la Junta de la Caja que según la ley tiene competencia para ello.

Sobre este particular y en relación también con el aspecto temporal de las atribuciones del artículo transitorio 20, la Sala, en casos similares ha estimado que las facultades otorgadas al Gobierno Nacional mediante el artículo transitorio 20 de la Constitución eran excepcionales no sólo desde el punto de vista temporal (dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución)

y desde el punto de vista del objetivo o finalidad (poner las entidades de la rama ejecutiva “en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional, y en especial con, la redistribución de competencias y recursos que ella establece”), sino también desde el punto de vista de la materia, en cuanto, por ser excepcionales, ellas reunían en cabeza del Ejecutivo, durante el período citado, todas las competencias relacionadas con la supresión, fusión y reestructuración de las entidades, ya fuera del Congreso, del mismo Gobierno o de otras autoridades .

Por lo mismo, agotado el término de las facultades excepcionales, las diversas competencias regresan a sus titulares permanentes: unas al Congreso y al Presidente de la República, según la Constitución; y otras, a las diferentes autoridades administrativas que puedan tenerlas, conforme con la ley.

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que, en el caso concreto del artículo 20 del Decreto 2138 de 1992, con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución el Gobierno no podía ampliar el término para ejercer las facultades excepcionales previstas en el mismo.

En consecuencia y en otras palabras, con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución, el Gobierno no podía establecer un término adicional para modificar la planta de personal de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por fuera del término que tenía para ejercer las facultades excepcionales, por lo cual el artículo 20 acusado, desde este punto de vista, es manifiestamente contrario a la citada norma fundamental, conforme se precisará 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.- Admitase la demanda presentada por el Sindicato de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, contra el Decreto 2138 de 1992. En consecuencia, dispone:

a): Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado.

b): Notifíquese personalmente a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Agricultura y Trabajo y Seguridad Social y al señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública. Entrégueseles copia de la demanda y sus anexos.

SECCION PRIMERA

c): Notifíquese personalmente al señor Gerente General de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por tener interés directo en las resultados del proceso.

d): Fíjese el proceso 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.

e): Solicítese a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República que en el término de ocho (8) días envíe los antecedentes administrativos correspondientes al acto acusado. Hágasele saber al citado funcionario que el desacato a esta solicitud o la inobservancia del plazo indicado constituye falta disciplinaria.

f): De conformidad con lo ordenado en el numeral 4o. del artículo 207 del C.C.A. en concordancia con el Decreto 2867 de 1.989, deposite el actor la suma de cinco mil pesos (\$5.000,00) moneda corriente, dentro de los diez (10) días siguientes al del regreso del expediente a la Secretaría.

II.- Tiénese como parte demandante al Sindicato de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, y como demandada a la Nación - Ministerios de Hacienda y Crédito Público, de Agricultura y de Trabajo y Seguridad Social, y al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.

II.1.- Reconócese al doctor LUIS ALFONSO VELASCO PARRADO como apoderado especial de la parte demandante, en los términos y para los efectos consignados en el memorial poder.

III.- Decrétase la suspensión provisional del artículo 20 del Decreto 2138 de 30 de Diciembre de 1.992, expedido por el Gobierno Nacional, en la frase "...dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia del mismo".

IV.- Deniégase la suspensión provisional de las demás normas acusadas.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

EXP. - 2397

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 3 de Junio de 1993.-

Miguel González Rodríguez, Presidente; Libardo Rodríguez Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Yesid Rojas Serrano

**CAJA AGRARIA-Reestructuración / PLANTA DE PERSONAL /
SUPRESION DE EMPLEOS / DERECHOS ADQUIRIDOS-
Inexistencia / GOBIERNO NACIONAL - Facultades / DECRETO
LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES -
Temporalidad / PLAZO**

En materia de Derecho Público no hay derechos adquiridos, noción está admitida universalmente por el Derecho, que se refiere sustancialmente a los derechos patrimoniales, es decir, a los que con título legítimo hacen parte del haber de las personas privadas. En cuanto a la preconizada estabilidad laboral de los trabajadores de la Caja, que el actor deriva de la Convención Colectiva de Trabajo, no puede concebirse como un derecho indefinido a conservar un cargo que impida al Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades que le otorgó el artículo transitorio 20 de la Carta, consagrar como causal de terminación del vínculo contractual la supresión de cargos como consecuencia de la reestructuración de las entidades estatales.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).*

Consejero Ponente: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz

Referencia: Expediente No. 2397 Acción: Nulidad Actor: SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO - SINTRACREDITARIO.

SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

PRIMER CARGO

El Decreto 2138 de 30 de Diciembre de 1.992, a través de los artículos 6o. a 13 y 17 a 22 convierte la reestructuración en una justa causa para dar por terminados los contratos de trabajo mediante la supresión de empleos de manera definitiva, así como también crea un régimen de traslados una vez terminados los contratos de trabajo, olvidando que debía atender al parágrafo del artículo 52 de la Convención Colectiva de Trabajo, según el cual “Cualquier reestructuración de la Caja, cualquiera sea el fin con que se realice, respetará los derechos adquiridos, de los trabajadores de la institución quienes seguirán beneficiándose de la Convención Colectiva sin ninguna discriminación, pues su relación de trabajo se considera que no ha tenido interrupción alguna para todos los efectos legales y prestacionales”.

Por eso se advierte una abierta incompatibilidad con el régimen de protección y tutela de derechos adquiridos que la Constitución consagra en el artículo 53, inciso final, cuando dijo que los convenios de trabajo no pueden menoscabar los derechos de los trabajadores, criterio que reitera la Carta en los artículos 215, inciso final, 336 y 58, habiendo prescrito en este último que tales derechos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.

De dichos preceptos constitucionales se desprende que la reestructuración debe consultar en todo caso el respeto a los derechos adquiridos a través de la Convención Colectiva de Trabajo.

La manera como surge la incompatibilidad entre el régimen convencional y el consagrado en el Decreto 2138 consiste en que en materia pensional se le sustrae del cumplimiento y pago del régimen indemnizatorio, por cuanto el artículo 48 del Decreto 2127 de 1945 jamás consagró como justa causa el reconocimiento de la Pensión de Jubilación de origen convencional. Se trata, entonces, dice el actor, de darle a los trabajadores oficiales con estatus pensional un tratamiento discriminatorio, contrariando así el artículo 13 de la Constitución Nacional, pues existirían para la Caja trabajadores en condiciones inferiores, los pensionados, frente a los trabajadores activos.

El régimen indemnizatorio contemplado en el artículo 11 del Decreto acusado es inferior al consagrado en la Convención Colectiva.

El régimen de estabilidad convencionalmente consagrado lo desconoce el Decreto 2138 al crear éstas formas de desvinculación tales como la supresión de cargos o empleos con el pretexto de reestructurar la Caja, porque ello implica crear una justa causa cuya aplicabilidad desconoce el régimen de derechos

SECCION PRIMERA

adquiridos y el derecho de defensa y el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política y desarrollado en el artículo 63 de la Convención Colectiva de Trabajo.

De la misma manera se infringen las normas que amplían el Fuero Sindical y consagran los Fueros Convencionales y haciéndose negatorio el cumplimiento de la gestión sindical de la cual son titulares los representantes sindicales por mandato del artículo 39, inciso 4o. de la Carta.

El régimen de traslados consecuencial a la reestructuración es ilógico, ya que no puede trasladarse de cargo u oficio a quien se le ha suprimido el mismo ya que el vínculo contractual ha desaparecido. No obstante esto, se remite al régimen de empleados públicos para aplicar las normas sobre traslado a quienes por su calidad de trabajadores oficiales sólo es dable aplicarles el régimen convencional y legal consagrado en el Decreto 2127 de 1.945.

El Decreto 2138 quebranta las normas constitucionales que garantizan el derecho de asociación y negociación colectiva por cuanto son los comités previstos en la Convención Colectiva el escenario en el cual las diferencias entre empresas y trabajadores deben ser dirimidas.

SEGUNDO CARGO

Los mismos artículos del Decreto acusado señalados en el cargo precedente violan los artículos 53, incisos 2o. y 4o., 54, 58, inciso 2o., 215, 333, 334 y 336 de la Constitución Nacional en relación con la Ley 37 de 1.967 que ratificó el Convenio 88 relativo a la organización del servicio del empleo que entró en vigor desde el 10 de Agosto de 1.950.

Tales artículos son incompatibles con la nueva Constitución y en particular frente a los Convenios Internacionales de Trabajo debidamente ratificados que hacen parte de la legislación interna.

Existe un conjunto de preceptos constitucionales que obligan al Estado a intervenir para proteger la estabilidad en el empleo y asegurar que los beneficios convencionales sean garantías mínimas no susceptibles de renuncia alguna. Luego la incompatibilidad manifiesta surge precisamente a consecuencia de la inobservancia de estos preceptos.

La intervención del Estado tiene dos limitaciones: la primera, proveniente del mínimo de derechos consagrados en la ley y en las convenciones colectivas de trabajo que tienen un carácter irrenunciable y que debe asegurar la

capacitación y el adiestramiento; la segunda, que el sujeto empresarial es titular de la propiedad y, como empresario, la libre competencia tiene como limitante la función social de la propiedad como unidad de explotación económica con una proyección eminentemente social.

Luego el Decreto 2138 de 1.992 desconoció estos criterios rectores en materia intervencionista bajo la convicción equivocada de que intervenía para reestructurar a la Caja Agraria y que este medio, la reestructuración, se convertía en causa de la supresión de empleos. Es decir, que la reestructuración es fuente de desempleo, contrariando así el concepto de política de empleo que consigna nuestra Carta en coordinación con los Convenios Internacionales que regulan el pleno empleo.

TERCER CARGO

Los mismos artículos del Decreto demandado señalados, en los cargos anteriores violan los artículos 64, 65, 66 y transitorio 20 de la Constitución Nacional, por cuanto, sostiene el actor, las facultades que el Gobierno Nacional derivaba de esta última norma estaban limitadas en su ejercicio al deber del Estado de reestructurar la Caja Agraria, teniendo en consideración a los trabajadores agrarios y a los campesinos en general con el propósito de incrementar la productividad, pero dotando a la Caja de unos sistemas de crédito, de comercialización, asistencia técnica, investigación y tecnología que convierta al campo en fuente de desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, directrices señaladas en los artículos 64, 65, y 66 de la Carta, a las que no se adecua el Ejecutivo cuando establece el número y composición de las regionales, tomando como criterios la descentralización, desconcentración, racionalización, y habiendo fijado además un sistema de autonomía financiera y administrativa, lo que de por sí permite evidenciar la manifiesta violación de estas normas superiores por los artículos acusados.

CUARTO CARGO

El Decreto 2138 de 30 de Diciembre de 1.992 es ilegal por cuanto violó el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional en la forma y modalidades que en el presente cargo se desarrollan:

1.- Las atribuciones que otorgó el Gobierno el artículo transitorio 20 para suprimir, fusionar y/o reestructurar las entidades administrativas estatales del orden nacional, no eran discrecionales. Estaban condicionadas no sólo en cuanto al tiempo para su ejercicio -dieciocho meses-, sino a las recomendaciones de

SECCION PRIMERA

una Comisión y tenían por objeto poner aquellas entidades "en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece", que son los términos del propio artículo 20.

Esta última condición implicaba que el Gobierno no podía efectuar ese reajuste institucional, de acuerdo con su libre apreciación, sino de conformidad con la objetiva necesidad resultante de la Constitución de 1.991. la reforma era viable en el presente caso, sólo como consecuencia de disposiciones constitucionales expresas a fin de adecuarla a los principios rectores en materia de política agropecuaria y no del capricho del Gobierno.

En el caso de la Caja Agraria no se presentaban esas circunstancias.

En efecto, la redistribución de competencias y de recursos económicos y fiscales que hizo la Constitución de 1991 no afectó en forma alguna y de manera directa a la Caja Agraria, de como que obligara a su reforma. Las únicas disposiciones constitucionales nuevas que podrían invocarse en tal sentido serían las de los artículos 64, 65 y 66 que habrían debido producir un reforzamiento de la Caja, pero no la contradictoria reducción de su aparato administrativo y de su personal que, en esencia; es el efecto concreto del Decreto 2138.

Pero, como en verdad aquellas disposiciones no imponían dicho reajuste, el Gobierno no estaba habilitado constitucionalmente para dictar tal Decreto.

2.- Igualmente, se presenta otra evidente violación del artículo transitorio 20: el Decreto 2138, como se aprecia en sus artículos 2o., 3o., 5o., 6o., 8o., 9o., 10o. y 20, empleó una modalidad de ejercicio de las facultades que es incompatible con su preceptiva.

La reestructuración de la Caja ha debido quedar hecha en el Decreto 2138. Adoptarla por la vía de los acuerdos de su Junta Directiva, es una violación del artículo 20 en que se fundó, puesto que éste no autorizó al. Gobierno para delegar o transferir las facultades que le otorgaba en ningún otro organismo y menos en el mismo que iba a ser reestructurado. Sin embargo, en las disposiciones acusadas indicadas, se delega en la Junta Directiva de la Caja las facultades para reestructurarla.

3.- Otra flagrante inconstitucionalidad se deriva de que la reestructuración que efectuará la Junta Directiva de la Caja se realizará después del vencimiento del término de dieciocho meses señalado por el artículo transitorio 20, término cuya iniciación fue la entrada en vigencia de la nueva Constitución, la que se

produjo el 4 de Julio de 1.991, fecha de su promulgación, siguiendo lo que en este aspecto dispuso su artículo 380.

De lo anterior se desprende que el tiempo hábil para dictar la reestructuración de la Caja se terminó el 3 de Enero de 1.993. Por ello ni el Gobierno ni la Junta Directiva de la Caja, invocando esas facultades, podrían dictar medidas de reestructuración de esa entidad sin violar el artículo transitorio 20 de la Constitución, transgresión que se hace manifiesta a través del artículo 20 del Decreto demandado.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar, la Sala, como lo ha hecho en otros pronunciamientos, reitera su competencia para ejercer el control de constitucionalidad de los Decretos dictados por el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Carta, como el Decreto 2138 de 1992 acusado, en virtud de la cláusula residual de competencia que al Consejo de Estado le atribuye el numeral 2o. del artículo 237 de la Constitución Política.

En relación con los cargos de violación manifiesta, serán analizados en el mismo orden en que han sido formulados y reseñados en este proveído, así:

PRIMER CARGO

Se funda, en que las “disposiciones laborales transitorias” del Decreto 2138 de 1992 que se han acusado, convierten la reestructuración en una justa causa para dar por terminados los contratos de trabajo mediante la supresión de cargos de manera definitiva, a la vez que desconocen los regímenes pensional, indemnizatorio, de estabilidad laboral, de traslados, de garantías sindicales y los derechos de asociación y negociación colectiva, los cuales están reconocidos y concretados en la Convención, Colectiva que rige en el Instituto de Crédito Agrario Industrial y Minero, y en disposiciones legales, y protegidos por disposiciones constitucionales - artículo 58 y 53, 215 y 336 en sus respectivos incisos finales que tutelan dichos derechos adquiridos, por lo cual se da, afirma el actor, el quebranto manifiesto de estas normas.

En torno a la manifiesta violación de disposiciones legales (cita sólo el Decreto Reglamentario 2127 de 1.945. que es reglamentario de la Ley 6a. de 1,945) y de la Convención Colectiva que rige en la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, dada la asimilación o mejor equivalencia a norma legal que a estos acuerdos se otorga, en cuanto a la obligatoriedad entre las partes, la Sala reitera una vez más que los Decretos expedidos en ejercicio de la facultad

SECCION PRIMERA

concedida en el artículo transitorio 20 de la Constitución tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley, por lo cual la real o aparente contradicción entre disposiciones contenidas en Decreto de la misma naturaleza no puede servir de fundamento para impetrar la nulidad y previa suspensión provisional, pues se trataría de normas jurídicas generales que estarían en la misma jerarquía dentro de las regulaciones positivas de derecho y por lo mismo no podría predicarse quebrantamiento de unas por parte de otras de esas normatividades.

El actor señala que se vulneran los derechos adquiridos a través de aquellas normas en una manifiesta transgresión de las disposiciones constitucionales que se han indicado.

En cuanto al quebranto del artículo 53 de la Carta no puede darse la violación aducida toda vez que las normas acusadas no son el resultado de ningún convenio laboral como lo destaca el accionante, sino el resultado del ejercicio de una facultad constitucional.

En lo concerniente a la violación del inciso final del artículo 215 *ibídem*, se advierte que esta norma está referida es a los decretos que el Gobierno expida con ocasión de los "Estados de excepción", que son de índole diferente al que se acusa, el cual tiene origen en las atribuciones que le otorga el artículo transitorio 20 de la Carta.

En lo relativo a la manifiesta violación del artículo 336 que contempla el respeto de los derechos adquiridos por los trabajadores, obsérvese simplemente que esa regulación está referida y en concordancia con el inciso 2o. del mismo artículo, según el cual la ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita, materia ajena al aspecto en las normas acusadas.

Y en lo atinente a la manifiesta infracción del artículo 58 de la Carta, en cuanto dispone que los referidos derechos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, la Sala advierte que esta preceptiva está referida a los derechos civiles, o sea, que comprende las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles, comprendidas en el Código Civil y a que alude su artículo 1o., concordante con el artículo 35 del C.de R.P. y M. (Ley 4a. de 1.913). De ahí que se haya interpretado que en materia de Derecho Público no hay derechos adquiridos, noción esta admitida universalmente por el Derecho, que se refiere sustancialmente a los derechos patrimoniales, es decir, a los que con título legítimo

hacen parte del haber de las personas privadas. Como las normas acusadas no están referidas a derechos civiles debe, en consecuencia, desecharse el cargo.

No se advierte tampoco la manifiesta transgresión del artículo 13 de la Carta porque lo que es una incompatibilidad entre la pensión Jubilatoria y las indemnizaciones por la supresión del cargo a que se refiere el mismo Decreto, conceptos diferentes de los cuales mal puede deducirse la desigualdad a que se refiere el actor en el cargo.

La censura consistente en que al suprimirse con el pretexto de reestructurar la Caja se quebrante el derecho de defensa y el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta, no pasa de ser una simple afirmación sin explicación alguna sobre el por qué de su quebranto, motivo por el cual la Sala no se ocupará de ella.

En cuanto a que las normas acusadas en este cargo vulneran las normas constitucionales que garantizan el derecho de asociación y negociación colectiva, que lo es específicamente el artículo 55 que no cita concretamente el actor, la Sala no encuentra su manifiesta infracción, pues no se advierte en ninguna de las disposiciones acusadas que ellas limiten el ejercicio de tal derecho, ya que en ellas se regulan otras situaciones.

Finalmente, en cuanto a la preconizada estabilidad laboral de los trabajadores de la Caja, que el actor deriva de la Convención Colectiva de Trabajo, no puede concebirse como un derecho indefinido a conservar un cargo que impida al Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades que le otorgó el artículo transitorio 20 de la Carta, consagrar como causal de terminación del vínculo contractual la supresión de cargos como consecuencia de la reestructuración de las entidades estatales, como lo ha sostenido la Sala en caso similar (Auto de 13 de Mayo de 1993; expediente 2344; actor, Germán Plazas González y otros).

SEGUNDO CARGO

Basta la lectura de las disposiciones infringidas por el acto acusado, para reducir si dubitaciones que no se da una manifiesta infracción.

El actor se limita a expresar que las disposiciones acusadas, 14 en total, son incompatibles con los 7 artículos de la Carta Política, la mayoría de los cuales contienen numerosos incisos, porque éstos obligan al Estado a intervenir para proteger la estabilidad en el empleo y asegurar que los beneficios convencionales sean garantías mínimas no susceptibles de renuncia alguna.

SECCION PRIMERA

Discurre acerca de como debe desarrollarse por el Estado una política en tal sentido, sin que precise en donde radica la contradicción entre las diversas normas acusadas y los preceptos superiores que dice se quebrantan por aquellas.

La acusación carece pues de las expresas exigencias previstas en el artículo 152 del C.C.A. que han sido tan reiteradamente interpretadas por la Jurisprudencia de esta Corporación y la doctrina nacional, motivo por el cual se desecha el cargo.

TERCER CARGO

Los términos de esta censura permiten evidenciar que las disposiciones acusadas no violan manifiestamente los artículos 64, 65, 66 y 20 transitorio de la Constitución.

Para entrar a determinar si el Gobierno Nacional fue más allá de las atribuciones expresadas en esta última norma, lo que traerá como consecuencia el quebranto de aquellas otras disposiciones constitucionales, no basta una simple confrontación de las disposiciones acusadas con estos preceptos superiores, sino que es preciso, como ya lo ha advertido la Sala en varias oportunidades definir hasta dónde iban las facultades concedidas al Gobierno Nacional en lo relativo a la reestructuración de las diferentes dependencias de la Rama Ejecutiva y de sus entidades descentralizadas; y sí en el caso concreto de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero había o no necesidad de ponerla en consonancia con la nueva Constitución, o si, por el contrario, antes de la expedición de la Carta Política, por sus objetivos, funciones, organización, financiación y control, etc, ya dicha entidad armonizaba con la voluntad del constituyente, y, si se cumplen o no los objetivos o finalidades estatales en relación con los que se propenden a través de la reestructuración, lo que no es, posible en este estado del proceso.

CUARTO CARGO

Afirma el actor que el Decreto 2138 de 1992 viola el artículo transitorio 20 de la Carta mediante tres modalidades diferentes, atrás reseñadas.

En relación con la primera forma o modalidad de transgresión, dadas las explicaciones sobre la presunta infracción, el actor debe estarse a los razonamientos y deducciones consignados en este proveído al examinar los cargos 2o. y 3o.

En cuanto a las modalidades. 2a. y 3a. de este cargo, consistentes en que la reestructuración de la Caja no podía efectuarse a través de la delegación

en su Junta Directiva de las facultades que se le otorgaban al Gobierno en la norma transitoria 20, y que ni de ni aquella podían dictar medidas de reestructuración por fuera del término hábil que venció el 7 de Enero de 1993 y no el 3 como lo afirma el actor, porque se infringía aquella norma constitucional, a través del artículo 20 del Decreto 2138, que reza: “Adecuación de la Planta de Personal.- La Junta Directiva de la caja.de Crédito Agrario, Industrial y Minero procederá a determinar las modificaciones a la planta de personal, que sean necesarias de acuerdo con lo previsto en el presente decreto, dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia del mismo.”, la Sala considera que en cuanto se autoriza por esta disposición a la Junta Directiva de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero para determinar las modificaciones a la planta de personal que sean conforme a lo previsto en el Decreto del cual hace parte la pretranscrita disposición, la acusación no tiene vocación de prosperidad, por cuanto al expresarse en ella que la Junta Directiva de la Caja determinará las modificaciones de la planta de personal que sean necesarias de acuerdo con el mismo Decreto, no puede entenderse en este momento procesal, como una delegación de tales facultades, sino como una simple, directa y expresa referencia a la Junta de la Caja que según la ley tiene competencia para ello.

Sobre este particular y en relación también con el aspecto temporal de las atribuciones del artículo transitorio 20, la Sala, en casos similares ha estimado que las facultades otorgadas al Gobierno Nacional mediante el artículo transitorio 20 de la Constitución eran excepcionales no sólo desde el punto de vista temporal (dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución) y desde el punto de vista del objetivo o finalidad (poner las entidades de la rama ejecutiva “en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional, y en especial con, la redistribución de competencias y recursos que ella establece”), sino también desde el punto de vista de la materia, en cuanto, por ser excepcionales, ellas reunían en cabeza del Ejecutivo, durante el período citado, todas las competencias relacionadas con la supresión, fusión y reestructuración de las entidades, ya fuera del Congreso, del mismo Gobierno o de otras autoridades .

Por lo mismo, agotado el término de las facultades excepcionales, las diversas competencias regresan a sus titulares permanentes: unas al Congreso y al Presidente de la República, según la Constitución; y otras, a las diferentes autoridades administrativas que puedan tenerlas, conforme con la ley.

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que, en el caso concreto del artículo 20 del Decreto 2138 de 1992, con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución el Gobierno no podía ampliar el término para ejercer las facultades excepcionales previstas en el mismo.

SECCION PRIMERA

En consecuencia y en otras palabras, con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución, el Gobierno no podía establecer un término adicional para modificar la planta de personal de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por fuera del término que tenía para ejercer las facultades excepcionales, por lo cual el artículo 20 acusado, desde este punto de vista, es manifiestamente contrario a la citada norma fundamental, conforme se precisará 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.- Admítase la demanda presentada por el Sindicato de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, contra el Decreto 2138 de 1992. En consecuencia, dispone:

a): Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado.

b): Notifíquese personalmente a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Agricultura y Trabajo y Seguridad Social y al señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública. Entrégueseles copia de la demanda y sus anexos:

c): Notifíquese personalmente al señor Gerente General de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por tener interés directo en las resultados del proceso.

d): Fíjese el proceso 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.

e): Solicítese a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República que en el término de ocho (8) días envíe los antecedentes administrativos correspondientes al acto acusado. Hágasele saber al citado funcionario que el desacato a esta solicitud o la inobservancia del plazo indicado constituye falta disciplinaria.

f): De conformidad con lo ordenado en el numeral 4o. del artículo 207 del C.C.A. en concordancia con el Decreto 2867 de 1.989, deposite el actor la suma de cinco mil pesos (\$5.000,00) moneda corriente, dentro de los diez (10) días siguientes al del regreso del expediente a la Secretaría.

II.- Tiénese como parte demandante al Sindicato de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, y como demandada a la Nación - Ministerios de Hacienda y Crédito Público, de Agricultura y de Trabajo y Seguridad Social, y al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública-.

II.1.- Reconócese al doctor LUIS ALFONSO VELASCO PARRADO como apoderado especial de la parte demandante, en los términos y para los efectos consignados en el memorial poder.

III.- Decrétase la suspensión provisional del artículo 20 del Decreto 2138 de 30 de Diciembre de 1.992, expedido por el Gobierno Nacional, en la frase "...dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia del mismo".

IV.- Deniégate la suspensión provisional de las demás normas acusadas.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese y Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 3 de Junio de 1.993.-

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

**EMPCOPER - reestructuración / DECRETO LEGISLATIVO DE
FACULTADES CONSTITUCIONALES - Temporalidad /
GOBIERNO NACIONAL - Facultades / PLAZO / SUPRESION DE
EMPLEOS**

Siendo temporales (18 meses) las facultades del Gobierno otorgadas mediante el precitado ordenamiento, entre las cuales se hallaba la de reestructurar, entre otros organismos, a las entidades descentralizada, debió llevar a cabo tal reestructuración y en consecuencia, determinar las modificaciones a la planta de personal, dentro del perentorio termino de dieciocho meses contado a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, plazo que venció el 7 de Enero de 1993. Agotado el término de las facultades excepcionales no podía el Gobierno ampliarlo, pues a partir de dicho momento regresan las diversas competencias a sus titulares permanentes como el Congreso, el Presidente de la República, o a las diferentes autoridades administrativas según el caso. **SUSPENDE PROVISIONALMENTE**, los efectos de la frase "...dentro de un plazo no mayor a un año contado a partir de la vigencia del presente Decreto", contenida en el art. 5 del Decreto 2144 de 30 de diciembre de 1992.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2409. Decretos del Gobierno. Actora:
JANETH VELASQUEZ MEJIA.

La actora de la referencia, estudiante de la Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita la nulidad por inconstitucionalidad del Decreto 2144 del 30 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, "Por el cual se reestructura la Empresa de Comercialización de Productos Perecederos -EMCOPER S.A.-".

Competencia.

En primer término la Sala reitera su competencia para ejercer el control constitucional de los Decretos dictados por el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, como lo es el Decreto acusado, en virtud de la cláusula residual de competencia consagrada en favor del Consejo de Estado en el ordinal 2o. del artículo 237 de la Carta Política.

Admisión de la Demanda.

Como quiera que la demanda reúne los requisitos de ley la Sala deberá admitirla y ordenar su tramitación tal como se dispone en la parte resolutive de esta providencia.

La Solicitud de Suspensión Provisional.

Se fundamenta en los motivos que la actora expone en los siguientes términos:

"a. El gobierno no estaba facultado para conceder un plazo adicional de un año para llevar a cabo la reestructuración de EMCOPER S.A.

"b. El gobierno no tenía facultad para disponer de los bienes del Estado a ningún título.

"c. El artículo 20 transitorio de la Constitución facultó al gobierno para crear, fusionar o suprimir empleos sino entidades.

"d. El gobierno tampoco quedó facultado para modificar el régimen salarial, prestacional, indemnizatorio y la seguridad social de los trabajadores oficiales.

SECCION PRIMERA

Consideraciones de la Sala:

De los términos en que se formula el cargo distinguido con el literal a), se infiere que la accionante solicita la suspensión provisional del artículo 5o. del decreto acusado, que a la letra dice:

"Programa de Supresión de Empleos. La supresión de Empleos, en los términos previstos en el artículo anterior, se cumplirá de acuerdo con el programa que apruebe la Junta Directiva para ejecutar las decisiones adoptadas, dentro de un plazo no mayor a un año contado a partir de la vigencia del presente decreto".

Del contenido de la norma transcrita se advierte una manifiesta violación del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, porque siendo temporales (18 meses) las facultades del Gobierno otorgadas mediante el precitado ordenamiento, entre las cuales se hallaba la de reestructurar, entre otros organismos, a las entidades descentralizada, debió llevar a cabo tal reestructuración y en consecuencia, determinar las modificaciones a la planta de personal, dentro del perentorio termino de dieciocho meses contado a partir de la entrada en vigencia plazo que venció el 7 de Enero de 1993. Agotado el término de las facultades excepcionales no podía el Gobierno ampliarlo, pues a partir de dicho momento regresan las diversas competencias a sus titulares permanentes como el Congreso, el Presidente de la República, o a las diferentes autoridades administrativas según el caso.

En consecuencia, procede la solicitada suspensión provisional del artículo 5o. del Decreto 2144 de 1992, en la expresión "... dentro de un plazo no mayor a un año contado a partir de la vigencia del presente decreto".

En relación con los demás cargos la Sala reitera una vez más lo que ya ha consignado en otras oportunidades, en el sentido de que para concluir en una violación del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, por exceso en el ejercicio de las facultades, es necesario entrar a determinar hasta donde iban dichas facultades otorgadas al Gobierno Nacional en el citado artículo relativas a la reestructuración de las diferentes dependencias comprendidas en el multicitado ordenamiento constitucional.

También ha dicho la Sala en casos similares que si el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transitorio 20 tenía facultades para suprimir, fusionar o reestructurar las entidades de la rama ejecutiva con la finalidad de ponerlas en consonancia con los preceptos de la nueva Carta Política, tales facultades llevan ínsita la de crear, fusionar y suprimir empleos.

En virtud de lo expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o. ADMITIR la demanda de nulidad presentada por Janeth Velázquez Mejía, contra el Decreto 2144 de 30 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, "Por el cual se reestructura la Empresa de Comercialización de Productos Perecederos -EMCOPER S.A.-". Para su trámite, se dispone:

a) Notifíquese a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Agricultura, de Trabajo y Seguridad Social, y al señor Gerente de la Empresa de Comercialización de Productos Perecederos -EMCOPER S.A.-, en la forma prevista por el artículo 150 del C.C.A.. Entrégueseles copia de la demanda y sus anexos..

b) Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación.

c) El demandante deberá depositar, en el término de cinco (5) días, la suma de CINCO MIL PESOS (\$5.000.00) M/cte., para gastos ordinarios del proceso.

d) Fijese el negocio en lista por el término de cinco (5) días, para que la parte demandada y demás intervinientes contesten la demanda, propongan excepciones y soliciten pruebas.

e) Por Secretaría, solicítase a las oficinas correspondientes el envío, en el término de diez (10) días, de los antecedentes administrativos del acto acusado..

2o. DECRETAR la suspensión provisional de los efectos de la frase: "...dentro de un plazo no mayor a un año contado a partir de la vigencia del presente decreto", contenida en el artículo 5o. del Decreto 2144 de 30 de diciembre de 1992.

3o. DENEGAR la suspensión provisional de las demás disposiciones del decreto acusado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

SECCION PRIMERA

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 3 de junio de 1993.

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

**ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEPARTAMENTALES /
SERVICIO PUBLICO DE SALUD / JUNTA DIRECTIVA -
Facultades / EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y
REMOCION**

El hecho de que la norma en estudio tan solo se refiera a nombramientos y no diga nada sobre "remoción", no tiene la connotación que pretende dar el apelante, pues por lógica, quien tiene la facultad de nombramiento posee la de remoción, a menos que la ley la escinda. Estando claro que las Juntas Directivas de los organismos de salud, por mandato del artículo 9o. numeral 9o. del Decreto Reglamentario 1416 de 1990, tienen la facultad de nombramiento de los cargos o empleos que requiera la respectiva entidad, al estatuir el artículo noveno literal d.) de la Ordenanza acusada que el Director del Hospital puede nombrar y remover el personal de dicha entidad, contraría la norma de superior jerarquía.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y tres (1.993).*

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2419. Recurso de Apelación contra el auto de 22 de Febrero de 1.993, proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba.
Actor: LUIS ALFREDO JIMENEZ ESPITIA.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Departamento de Córdoba contra la providencia de la referencia, a través de la cual el Tribunal Administrativo de Córdoba decretó la suspensión provisional

SECCION PRIMERA

del literal d.) del artículo noveno de la Ordenanza No. 13 de 10 de Diciembre de 1.991, expedida por la Asamblea de dicho Departamento.

FUNDAMENTOS DE LA DECISION IMPUGNADA

Para acceder al decreto de suspensión provisional del acto acusado consideró el *a quo*:

1. La Ley 10 de 10 de Enero de 1990 señaló los tres niveles de atención para los servicios de salud.

2. El Decreto 1416 de 4 de Julio de 1990 en su artículo 9o. establece cuáles son las funciones de las Juntas Directivas en dichos niveles, señalando que además de las que se definan por la respectiva entidad territorial, tendrán, entre otras, la de aprobar la planta de personal y los manuales de cargos y funciones y efectuar conforme a ello los nombramientos, dando cumplimiento al régimen de carrera administrativa, lo que quiere decir que la respectiva entidad territorial puede fijar funciones a las Juntas Directivas, pero estas tendrán específicamente las que le señala el Decreto 1416 de 1990.

3. La Ordenanza No. 13 determinó las funciones de la Junta Directiva del hospital San Diego de Cereté, y al señalar las funciones del Director en artículo 9o. literal d.) le asignó la de nombrar y remover el personal de la entidad.

4. De la simple confrontación entre el Decreto 1416 de 4 de Julio de 1.990 artículo 9o. y el acto acusado, se colige que la Ordenanza le quitó la función nominadora que el Decreto le había dado a la Junta Directiva para designar los funcionarios del hospital San Diego.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Como motivos de inconformidad manifiesta el recurrente, en síntesis, los siguientes:

1. La Ordenanza No. 13 de 1991 no ha violado las normas de la Ley 10 de 1990 ni del Decreto 1416 del mismo año, sino que por el contrario las ha desarrollado o complementado.

2. Según el numeral 9o. del artículo 9o. del Decreto 1416 de 1990, los nombramientos que puede efectuar la Junta Directiva son los de los empleos

que pertenecen a la carrera administrativa. Respecto de los demás empleos ni la Ley ni el Decreto han dispuesto más, en razón de lo cual la Asamblea procedió a conceder esa función al Director del Hospital San Diego de Cereté.

3. No existiendo una norma de superior jerarquía que establezca expresamente que los empleos de libre nombramiento y remoción son nominados por una autoridad distinta del Director, debe darse cumplimiento a lo que actualmente dispone el acto acusado; luego lo que *prima facie* parece una violación manifiesta en realidad no lo es.

4. El Decreto 1416 en su artículo 9o. no emplea el término “remoción” sino que solamente se preocupa de los nombramientos, luego se debe colegir que los empleos de carrera quedan sometidos a lo que prescribe la susodicha norma y la nominación de los empleos de libre nombramiento y remoción quedó como función del Director, porque de no ser así, aquellos empleos de libre nombramiento y **remoción** que son los que trae el artículo 26 literales b.) y c.) de la Ley 10 de 1990, concordante con el artículo 15 de la Ordenanza 13 de 1991, quién los remueve, si a las Juntas Directivas de los organismos de salud se les ha sustraído esa función?. Debe removerlos el Director del Hospital. Inclusive la remoción del personal de carrera, los traslados, encargos o cualquier otra forma de provisión de empleos está en cabeza de éste.

LA DECISION

Para resolver se considera:

La providencia apelada habrá de confirmarse por las siguientes razones:

El artículo 9o. numeral 9o. del Decreto 1416 de 1990 citado como infringido es claro al señalar como función de las Juntas Directivas de los organismos de salud, entre otras, la de aprobar la planta de personal y los manuales de cargos y funciones y EFECTUAR CONFORME A ELLO LOS NOMBRAMIENTOS, dando cumplimiento al régimen de carrera administrativa.

Cuando dicho Decreto que reglamenta la Ley 10 de 1990, se refiere a dar cumplimiento al régimen de carrera administrativa, no es como lo entiende el recurrente que se está circunscribiendo tal facultad de nombramiento únicamente a los empleos o cargos de carrera administrativa sino que quiere significar que si dentro de los cargos o empleos por proveer en la entidad algunos lo son de carrera, al hacer uso de la aludida facultad de nombramiento habrá de tenerse en cuenta lo relativo al concurso, período de prueba, etc., de los mismos.

SECCION PRIMERA

De tal suerte que la facultad es amplia y dentro de ella están ínsitos los empleos de libre nombramiento y remoción.

Ahora, el hecho de que la norma en estudio tan solo se refiera a nombramientos y no diga nada sobre "remoción", no tiene la connotación que pretende dar el apelante, pues por lógica, quien tiene la facultad de nombramiento posee la de remoción, a menos que la ley la escinda, lo que no acontece en este caso.

Estando claro que las Juntas Directivas de los organismos de salud, por mandato del artículo 9o. numeral 9o. del Decreto Reglamentario 1416 de 1990, tienen la facultad de nombramiento de los cargos o empleos que requiera la respectiva entidad, al estatuir el artículo noveno literal d.) de la Ordenanza No. 13 de 1991 que el Director del Hospital San Diego de Cereté puede nombrar y remover el personal de dicha entidad, contraría la norma de superior jerarquía y por ello estuvo ajustada a derecho la providencia del *a quo* que accedió a suspender provisionalmente sus efectos.

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

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto de 22 de Febrero de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de Origen y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 3 de junio de 1993.

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

**PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL / INICIATIVA
LEGISLATIVA / GOBERNADOR - Facultades**

Quando el inciso final del artículo 300 de la Carta señala que la ordenanza mediante la cual se adopte el presupuesto anual de rentas y gastos del departamento sólo puede ser expedida a iniciativa del gobernador, ello significa que, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 305-4 *ibidem*, es en cabeza de dicho funcionario en quien reposa la competencia exclusiva y excluyente para presentar el proyecto que lo contenga, en el cual deben estar incluidos, entre otros, todos los organismos de la administración pública en su nivel central y la Contraloría Departamental. Habiéndose apartado la prueba idónea de que la Ordenanza demandada fue presentada a la Asamblea Departamental a iniciativa del señor Contralor General del Departamento y careciendo dicho funcionario de la facultad de presentar proyectos de ordenanza, distintos de los previstos en el numeral 9 del artículo 268 de la Carta Política, en virtud de las funciones atribuidas por su art. 300 inciso final de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 300-5 y 305-4 *ibidem*. **SUSPENDE PROVISIONALMENTE** los efectos de la Ordenanza 032 de 27 de noviembre de 1992, expedida por la Asamblea Departamental de Santander.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

SECCION PRIMERA

Referencia: Expediente No. 2420. Actor: AQUILES TORRES BRETON.

Procede la Sección Primera a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto admisorio de la demanda, proferido el 25 de marzo de 1993 por el Tribunal Administrativo de Santander, en cuanto por él se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, es decir, de la Ordenanza No. 032 de 27 de noviembre de 1992, "Sobre el Presupuesto General de la Contraloría Departamental de Santander para la vigencia fiscal del 1o. de Enero al 31 de Diciembre de 1993", expedida por la Asamblea del citado Departamento.

I.- LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En el escrito mediante el cual se solicita dicha medida precautelativa, el demandante considera que el acto acusado incurre en ostensible violación de las siguientes disposiciones:

a) Del numeral 11, inciso final del artículo 300 de la Constitución Política, "... por cuanto, la iniciativa para las ordenanzas que impliquen gastos, está registringida perentoriamente a cabeza del Gobernador, y en el caso del acto demandado, según la constancia de la Asamblea, fue presentada por el Contralor departamental".

b) Del artículo 245 del Código de Régimen Departamental, pues el presupuesto aprobado para la Contraloría Departamental de Santander excede del 2%, reconocido por la Ordenanza No. 028 de 1992, mediante la cual se fijó el Presupuesto General del Departamento para la vigencia fiscal de 1993, cuya copia se anexa.

c) De los artículos 272 de la Constitución Política y 244 del Código de Régimen Departamental, pues en la Ordenanza demandada se incluyeron cuotas de fiscalización a cargo de los municipios y de otros entes descentralizados (fls. 72 y 73 Cdo. No. 1).

II.- LA DECISION IMPUGNADA

Para adoptar la decisión de denegar la medida precautelativa impetrada, el Tribunal a quo se fundamentó, en resumen, en lo siguiente (fls. 29 a 32 Cdo. No. 1):

De lo previsto en el " ... numeral 11 del artículo 300..." (sic) de la Constitución Política " N6 aparece, a primera vista, que la Ordenanza por la

cual se adopta el presupuesto de la Contraloría, corresponda a las anteriormente enumeradas".

Mediante simple confrontación tampoco se evidencia que la Ordenanza demandada incurra en transgresión del artículo 245 del Código de Régimen Departamental, pues para concluir que el presupuesto aprobado para la Contraloría sobrepasa el 2% del Presupuesto Departamental "... sería necesario depurar el referido presupuesto restando de los \$64.474.759 apropiados en la Ordenanza 028 de 1992, lo que corresponda a las entidades que no tengan obligación de contribuir al sostenimiento de la Contraloría".

El artículo 272 de la Constitución Política, "...ni autoriza ni prohíbe el cobro de auditaje para los municipios vigilados por las contralorías departamentales".

III.- LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Al interponer el recurso de apelación, la parte actora lo sustenta en los argumentos que se resumen a continuación (fls. 83ª a 85 Cdo. No. 1):

La apreciación del Tribunal, en el sentido de que el artículo 272 de la Constitución "... ni autoriza ni prohíbe el cobro de auditaje para los municipios vigilados por las contralorías departamentales...", desconoce el artículo 60. de la misma Carta pues ello que "... ahora, las personas regidas por el derecho público pueden hacer las cosas que estén autorizadas, ni prohibidas (como particulares)" (paréntesis del apelante).

Si dentro de las atribuciones conferidas al Contralor General de la República por el artículo 268-9 de la Carta Política no se encuentra la de presentar proyectos de ley sobre el presupuesto de la dependencia del Estado a su cargo, con la tesis del Tribunal se llegaría a la conclusión de que como no se le autorizó ni tampoco se le prohibió, puede hacerlo. En consecuencia, "... si no lo puede hacer el contralor general, menos los departamentales o municipales en el ámbito de su jurisdicción".

Como lo ha considerado el Consejo de Estado, la Contralorías departamentales, distritales y municipales, son dependencias de los departamentos, distritos y municipios. Por lo anterior, y al ser la Contraloría una dependencia del Departamento de Santander, su presupuesto es una parte del presupuesto anual de rentas y gastos del mismo ente territorial, al que se hace referencia en el numeral 5 del artículo 300 de la Constitución Política, en

SECCION PRIMERA

concordancia con el numeral 11 *ibidem*, normas estas en donde " ... por parte alguna aparece la facultad al contralor departamental, para la iniciativa del gasto en el presupuesto departamental".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El primer argumento en el cual se fundamentó el Tribunal *a quo* para denegar la solicitud de suspensión provisional del acto demandado, consiste en que dentro de las ordenanzas a que se refiere el último inciso del artículo 300 de la Carta Política, para efectos de determinar que ellas sólo pueden ser dictadas o reformadas a iniciativa del Gobernador, no se encuentra aquella que constituye el acto acusado.

La referida norma, es decir, el último inciso del artículo 300 de la Constitución Política, que se indica como violada en forma manifiesta, dispone lo siguiente:

"Las ordenanzas a que se refieren los numerales 3, 5 y 7 de este artículo, las que decreten inversiones, participaciones o cesiones de rentas y bienes departamentales y las que creen servicios a cargo del departamento o los traspasen a él, sólo podrán ser dictadas o reformadas a iniciativa de gobernador".

A su vez, el numeral 5. de la citada norma constitucional señala lo siguiente:

"Artículo 300. Corresponde a las Asambleas Departamentales por medio de ordenanzas:

"

"

"5. Expedir las normas orgánicas del presupuesto departamental y el presupuesto anual de rentas y gastos".

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que cuando el inciso final del artículo 300 de la Carta señala que la ordenanza mediante la cual se adopte el presupuesto anual de rentas y gastos del departamento sólo puede ser expedida a iniciativa del gobernador, ello significa que, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 305-4 *ibidem*, es en cabeza de dicho funcionario en quien reposa la competencia exclusiva y excluyente para presentar el proyecto que contenga,

en el cual deben estar incluidos, entre otros, todos los organismos de la administración pública en su nivel central y la Contraloría departamental.

La precedente consideración conduce a que cuando los artículos 300-5 y 305-4 de la Carta Política hablan del "presupuesto anual de rentas y gastos", este es uno solo respecto del Departamento, a pesar de que pueda ser expedido a través de varias ordenanzas pero, todas ellas, condicionadas a la mencionada iniciativa del gobernador.

Lo anteriormente expuesto, aplicado al caso *sub judice*, conduce a la Sala a concluir que habiéndose apartado por el solicitante de la medida precautelativa impetrada la prueba idónea de que la Ordenanza demandada fue presentada a la Asamblea Departamental de Santander "...a iniciativa del señor GERARDO MARTINEZ MARTINEZ, Contralor General del Departamento ...", (subraya la Sala) (fl. 31 Cdo. No. 1), y careciendo dicho funcionario de la facultad de presentar proyectos de ordenanza, distintos de los previstos en el numeral 9 del artículo 268 de la Carta Política, en virtud de las funciones atribuidas por su artículo 272 Inciso sexto, el acto acusado infringe abiertamente el artículo 300 inciso final de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 300-5 y 305-4 *ibidem*, resultando procedente, en consecuencia, decretar la suspensión provisional de sus efectos, previa revocatoria de la providencia impugnada, en cuanto por ella se denegó dicha medida.

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o.- REVOCASE el ordinal segundo del auto de 25 de marzo de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, median te el cual se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, y en su lugar se dispone:

DECRETASE la suspensión provisional de los efectos de la Ordenanza No. 032 de 27 de noviembre de 1992, expedida por la Asamblea Departamental de Santander, "sobre el Presupuesto General de la Contraloría Departamental de Santander para la vigencia fiscal del 1 de Enero al 31 de Diciembre de 1993".

2o.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

SECCION PRIMERA

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Miguel González Rodríguez, Presidente; Libardo Rodríguez Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Yesid Rojas Serrano

**ADPOSTAL - Reestructuración / PLANTA DE PERSONAL /
GOBIERNO NACIONAL - Facultades.**

El plazo de 18 meses previsto en la norma transitoria 20, tenía carácter perentorio y por lo mismo el Gobierno Nacional no podía ampliarlo. Por tener el Decreto 2124 de 29 de diciembre de 1992 la misma fuerza o entidad normativa que la ley, podía el Gobierno Nacional autorizar a las Juntas Directivas o Consejos Directivos de las entidades objeto de reestructuración, fusión o supresión, para adecuar la estructura interna y por consiguiente la planta de personal, a las modificaciones sufridas en virtud de las decisiones adoptadas. Sin embargo lo que no podía era ampliar el aludido plazo de 18 meses. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de la expresión “dentro de los (12) meses siguientes a la vigencia del mismo..” contenida en el art. 23 *ibídem*, por las razones expuestas en la parte motiva.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá D.C., diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).*

Consejero Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez.

Referencia: Expediente No. 2429. Acción: Nulidad. Actor: JOSE IGNACIO RIVEROS IBAGON.

El ciudadano JOSE IGNACIO RIVEROS IBAGON, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad del Decreto 2124 de 1992, “por el cual se reestructura la Administración Postal Nacional”, expedido por el Gobierno Nacional.

SECCION PRIMERA

Como la demanda reúne los requisitos de ley, habrá de admitirse en la parte resolutive de esta providencia.

SUSPENSION PROVISIONAL.-

Solicita el actor el decreto de suspensión provisional del acto acusado por las siguientes razones:

1. El Decreto 2124 de 29 de Diciembre de 1992 viola el artículo transitorio 20 de la Constitución Política por cuanto éste no lo autoriza para crear un nuevo ente, en este caso, una Empresa Industrial y Comercial del Estado (artículo 1o. del citado Decreto).

2. El citado Decreto quebranta el artículo transitorio 20 que autorizaba al Gobierno para reestructurar en un término de 18 meses contado a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, y en los artículos 11 y 23 se amplía dicho término.

3. El acto acusado infringe el artículo transitorio 20 que autorizó al Gobierno para efectuar la reestructuración, pero no para delegar esa atribución en otro ente, como lo hizo en el artículo 23.

4. El Gobierno Nacional no estaba facultado para modificar el régimen prestacional ni salarial de los servidores estatales, ni para modificar el régimen disciplinario ni ordenar gastos al tesoro público, como lo hizo en los artículos 6 a 16.

Para resolver **SE CONSIDERA:**

Sea lo primero reiterar una vez más que esta Corporación es competente para conocer de las acciones por inconstitucionalidad frente a los Decretos dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de la atribución conferida en el artículo transitorio 20, en virtud de lo dispuesto en el artículo 237 numeral 2o. de la Carta Política, habida cuenta que el control sobre los mismos no le fue asignado a la Corte Constitucional.

Conforme lo expresó la Sala en providencia de 14 de Mayo de 1993, expediente 2367, actor: Jairo Cuesta Novoa y Otro, en donde se estudió la demanda contra el mismo Decreto aquí acusado, en esta etapa procesal no es viable entrar a determinar hasta dónde iban las facultades otorgadas al Gobierno Nacional en el artículo transitorio 20, pues ello implica, entre otros aspectos, dilucidar en qué consistió la reestructuración,- lo que supone por lo menos un estudio de cómo se encontraba la entidad antes de la expedición del Decreto

2124- ; si a la luz de los objetivos previstos en el artículo transitorio 20 era posible o no modificar su naturaleza jurídica ; hasta qué punto se ha variado el régimen salarial y disciplinario de los empleados públicos y lo que es más importante, si el Gobierno en razón de la naturaleza de los Decretos expedidos con fundamento en la norma transitoria en cita, que son de la misma entidad normativa que la Ley, podía hacer o no regulaciones diferentes en materia salarial y prestacional.

Por esta razón los cargos relacionados en los puntos 1 y 4 no ameritan la suspensión provisional de los efectos del Decreto 2124 de 1992.

En lo tocante al cargo que se hace al artículo 11 relacionado en el punto 2 que se refiere **el plazo de 18 meses previsto en la norma transitoria 20**, cabe advertir que esta Corporación en la providencia citada ab initio de estas consideraciones accedió a decretar la suspensión provisional de la expresión contenida en el artículo 11 que reza: "... dentro del plazo de doce (12) meses contados a partir de la fecha de publicación del presente Decreto", por estimar que el referido plazo de 18 meses **tenía carácter perentorio y por lo mismo el Gobierno Nacional no podía ampliarlo** hasta el 2 de Enero de 1994. Por lo anterior en la parte resolutive de este proveído se ordenará estar a lo dispuesto en aquélla.

En torno del cargo que se plantea al artículo 23 que dispone: "Adecuación de la Estructura Interna y de la Planta de Personal.- La Junta Directiva de Adpostal procederá a determinar las modificaciones a la estructura interna y a la planta de personal, que sean necesarias de acuerdo con lo previsto en el presente Decreto, dentro de los doce (12) meses siguientes a la vigencia del mismo ...", es menester hacer las siguientes precisiones:

a): **Por tener**, como ya se ha dicho, el Decreto 2124 de 29 de diciembre de 1992 la misma fuerza o entidad normativa que la ley, **podía el Gobierno Nacional autorizar a las Juntas Directivas o Consejos Directivos de las entidades objeto de reestructuración, fusión o supresión, para adecuar la estructura interna y por consiguiente la planta de personal, a las modificaciones sufridas en virtud de las decisiones adoptadas.**

b): **Sin embargo lo que no podía**, y por ello ha habido lugar a suspender provisionalmente los efectos de las disposiciones que así lo disponen, **era ampliar el aludido plazo de 18 meses**. Por esta razón y en lo que concierne a la expresión contenida en el artículo 23 en estudio que expresamente amplía tal término, son valederos los argumentos esgrimidos frente al artículo 11 y en consecuencia dicha expresión habrá de suspenderse provisionalmente en la parte resolutive de esta providencia.

SECCION PRIMERA

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1o. **ADMITASE** la demanda presentada por el ciudadano JOSE IGNACIO RIVEROS IBAGON, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., contra el Decreto 2124 de 29 de Diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura la Administración Postal Nacional - Adpostal-. En consecuencia se dispone:

a) **NOTIFIQUESE** personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada ante lo Contencioso de esta Corporación.

b) **NOTIFIQUESE** personalmente con entrega de copia de la demanda y de sus anexos, a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Trabajo y Seguridad Social y Comunicaciones; al señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y al señor Director de la Administración Postal Nacional -ADPOSTAL-.

c): **FIJESE** 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.

d): **DEPOSITE** la actora en la Secretaría de la Sección la suma de cinco mil pesos (\$5.000.00), para atender los gastos ordinarios del proceso.

e): **SOLICITESE** a la Oficina Jurídica de la Presidencia de la República, el envío de los antecedentes administrativos.

2o): En cuanto al artículo 11 del Decreto 2124 de 1992, estése a lo resuelto en providencia de 14 de Mayo de 1993, expediente 2367, actor: Jairo Cuesta Novoa y otro, Ponente Consejero MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ.

3o. **DECRETASE** la suspensión provisional de la expresión "... dentro de los doce (12) meses siguientes a la vigencia del mismo ..." contenida en el artículo 23 *ibídem*, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

4o): **DENIEGASE** la suspensión provisional de las demás disposiciones del Decreto 2124 de 1992.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

EXP. -2429

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

ICA - Reestructuración / GOBIERNO - Facultades / PLAZO

La conveniencia o inconveniencia de que el ICA se prevea como una entidad perteneciente al Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología o que el Estado deje de participar en entidades como VECOL, ALMAGRARIA, EMCOPER y CORPORACIONES DE ABASTOS, así como que para la reestructuración era menester previamente la existencia de una partida presupuestal y un Plan de Desarrollo económico y social, son aspectos que no corresponde analizar en esta etapa del proceso, en la que el Juez está limitado por el ámbito restringido que le impone el artículo 152 del C.C.A.

En lo que concierne al exceso del plazo de 18 meses contenido en el artículo transitorio 20, asiste razón a la actora ya que en el artículo 17 del decreto 2141 de 1992 se estatuye que la supresión de Cargos o empleos se cumplirá "... dentro de un plazo que no exceda del treinta y uno de diciembre de 1993".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C. diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1.993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2435. Acción: Nulidad. Actor: DIGNALYTH ROSAS HERRERA.

La ciudadana DIGNALYTH ROSAS HERRERA, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la

declaratoria de nulidad del Decreto 2141 de 1.992, por el cual se reestructura el Instituto Colombiano Agropecuario "ICA", expedido por el Gobierno Nacional.

Como la demanda reúne los requisitos de ley, habrá de admitirse en la parte resolutive de esta providencia.

SUSPENSION PROVISIONAL.-

Solicita la actora el decreto de suspensión provisional del acto acusado por considerar que el Presidente de la República se excedió al expedirlo, así:

- a): Al reformar y transformar al ICA de establecimiento público a privado.
- b): Al dejar de participar en VECOL, ALMAGRARIA, EMCOPER y LAS CORPORACIONES DE ABASTOS.
- c): Al no haber tenido en cuenta las recomendaciones de las comisiones para la modernización encargadas de evaluar las fusiones, supresiones y reestructuraciones.
- d): Al ordenar que las actividades de investigación y transferencia de tecnología serán ejecutadas mediante la asociación con personas naturales o jurídicas, lo cual transforma al ICA en una mera entidad financiera y contraría el espíritu de la norma contenida en el artículo 334 de la Carta Política, porque con ello se abandona la investigación que ha acompañado al Instituto desde su creación.
- e): Al darle en el artículo 17 a la Junta Directiva un año para reestructurar la planta de personal cuando la facultad sólo la tenía hasta el 7 de Enero de 1.993 y no podía delegarla.
- f): Porque no aparece ninguna reestructuración del organismo, ya que solo se otorgan facultades para que la Junta Directiva pretenda una posible modificación, conforme a lo preceptuado en los artículos 13 a 19, lo cual viola los artículos 158 y 345 de la Carta, dado que si el Decreto empezó a regir desde el día de su publicación, previamente debió existir una partida presupuestal decretada por el Congreso para tal efecto y regulada por la Ley 48 de 1.990 en su vigilancia por parte de la Tesorería General de la Nación, actos estos previos que no se consolidaron.
- g): El ICA como establecimiento público autónomo debe cumplir sus atribuciones sin necesidad de vincularse al llamado Plan de Investigación porque esto lo convierte en una dependencia del Consejo de Programas de Ciencia y

SECCION PRIMERA

Técnica Agropecuaria, lo que es contrario a la Constitución porque el Congreso debe indicar mediante ley el Plan de Inversiones para poner a funcionar el Plan de Desarrollo Económico, social y de obras públicas, por ser el único con carácter vinculante para los establecimientos públicos y que solo se le dé en cumplimiento del artículo 65 de la Constitución respecto al servicio prestado como mejoramiento en la producción de alimentos en concordancia con el artículo 355.

h).- El Decreto acusado regula la materia laboral con fiel copia del Decreto 1660 de 1.991, declarado inexecutable por la Corte Constitucional por violar los derechos mínimos de los empleados consagrados en la Constitución, desconociendo el C.S.del T., la carrera administrativa y no permitiéndole a los trabajadores participar en la adquisición, planeación y proyección de lo que supuestamente serán estas entidades, vulnerando también los derechos de la función pública ejercida en Colombia.

Para resolver SE CONSIDERA:

Esta Corporación es competente para conocer de la acción incoada en virtud de lo normado en el artículo 237 numeral 2o. de la Carta Política, habida cuenta que el control sobre los Decretos como el que es objeto de estudio para la Sala no le fue asignado a la Corte Constitucional.

Como acaba de verse, del resumen de los cargos que aduce la actora, ellos tienen que ver con la transgresión del artículo transitorio 20, porque según aquélla el Gobierno Nacional se excedió, y tal exceso no puede predicarse sino de las facultades que sirvieron de sustento para que éste expidiera el Decreto que se acusa.

De la simple confrontación del Decreto acusado con el artículo transitorio 20 y las normas constitucionales que indica la actora, prima facie no se advierten los excesos en que según aquélla incurrió el Gobierno Nacional, concretados en los literales a.a d. y f. a h.

Una vez más enfatiza la Sala sobre la necesidad de un examen minucioso que se requiere efectuar sobre los puntos relativos a la naturaleza, objetivos, funciones, destinación de los recursos, etc, del ICA, que permita concluir cuál es el manejo y la concepción que el Decreto acusado le está dando a esta entidad; si con las regulaciones que allí se hacen el Estado no está cumpliendo con la especial protección sobre la producción de alimentos y la promoción de la investigación tecnológica que debe desarrollar en el sector agropecuario, y si el asociarse con personas naturales o jurídicas de derecho privado hace que éste se despoje de tales obligaciones.

- De otra parte, la conveniencia o inconveniencia de que el ICA se prevea

como una entidad perteneciente al Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología o que el Estado deje de participar en entidades como VECOL, ALMAGRARIA, EMCOPER y CORPORACIONES DE ABASTOS, así como que para la reestructuración era menester previamente la existencia de una partida presupuestal y un Plan de Desarrollo económico y social, son aspectos que no corresponde analizar en esta etapa del proceso, en la que el Juez está limitado por el ámbito restringido que le impone el artículo 152 del C.C.A.

En lo que toca con las recomendaciones de la comisión asesora del Gobierno, en este momento procesal no se cuenta con los elementos de juicio necesarios para establecer si se conformó o no toda la comisión a que alude el artículo transitorio 20. Además, de haberse integrado, merece especial atención el análisis de las circunstancias que se tuvieron en cuenta por la misma para efectos de la evaluación que les correspondía efectuar; cuáles de dichas recomendaciones observó o no el Gobierno y hasta qué punto inciden ellas en los objetivos trazados por la norma transitoria.

Para atender la solicitud de suspensión provisional de los artículos que regulan la materia laboral, no es suficiente el que se endilgue por parte de la actora que tales normas por ser copia fiel del Decreto 1660 de 1991 violan la carrera administrativa y desconocen los derechos mínimos de los trabajadores, pues las circunstancias que rodearon la expedición de los Decretos dictados en uso de las facultades conferidas en el artículo transitorio 20 difieren de las que acompañaron al mencionado Decreto 1660 de 1991 y será a la luz de aquéllas y no de estas que deba esclarecerse hasta dónde podía llegar el Gobierno Nacional en materia laboral, en virtud de la facultad de reestructurar.

Finalmente, y en lo que concierne al exceso del plazo de 18 meses contenido en el artículo transitorio 20, asiste razón a la actora ya que en el artículo 17 del decreto 2141 de 1992 se estatuye que la supresión de Cargos o empleos se cumplirá "... dentro de un plazo que no exceda del treinta y uno de diciembre de 1993".

Como lo ha expresado la Sala en diversos pronunciamientos, el término que señala la norma transitoria es perentorio. De tal manera que habiendo vencido el 7 de Enero de 1993, el gobierno no estaba facultado para prorrogarlo hasta el 31 de Diciembre de 1993 y por ello la expresión antes transcrita habrá de suspenderse provisionalmente, sin perjuicio de que dicha facultad pueda ser ejercida por la autoridad que la tenga de manera permanente.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

SECCION PRIMERA

1o. **ADMITESE** la demanda presentada por la ciudadana **DIGNALYTH ROSAS HERRERA**, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra el Decreto 2141 de 30 de Diciembre de 1.992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Instituto Colombiano Agropecuario "ICA". En consecuencia se dispone:

a): **NOTIFIQUESE** personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada ante lo Contencioso de esta Corporación,

b): **NOTIFIQUESE** personalmente con entrega de copia de la demanda y de sus anexos, a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Agricultura y de Trabajo y Seguridad Social; a los señores Directores del Departamento Nacional de Planeación, del Departamento Administrativo de la Función pública y del Instituto Colombiano Agropecuario "ICA".

c): **FIJESE** 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.

d): **DEPOSITE** la actora en la Secretaría de la Sección la suma de cinco mil pesos (\$5.000.00), para atender los gastos ordinarios del proceso.

e): **SOLICITESE** a la Oficina Jurídica de la Presidencia de la República, el envío de los antecedentes administrativos.

2o): **DECRETASE** la suspensión provisional de la expresión "... dentro de un plazo que no exceda del treinta y uno (31) de diciembre de 1.993" contenida en el artículo 17 del Decreto 2141 de 1.992, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

3o): **DENIEGASE** la suspensión provisional de las demás disposiciones del citado Decreto.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 10 de Junio de 1.993.

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

**DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES
CONSTITUCIONALES - Temporalidad / DIRECCION NACIONAL
DE ESTUPEFACIENTES - Fusión / GOBIERNO NACIONAL -
Facultades / PLAZO / SUSPENSION PROVISIONAL**

Las facultades otorgadas al Gobierno Nacional mediante el Artículo Transitorio 20 de la Constitución eran excepcionales no solo desde el punto de vista temporal y desde el punto de vista del objetivo o finalidad, sino también desde el punto de vista de la materia, en cuanto, por ser excepcionales, ellas reunían en cabeza del ejecutivo, durante el período citado, todas las competencias relacionadas con la supresión, fusión y reestructuración de las entidades, estuvieran ellas, en virtud de las normas permanentes, ya fuera en cabeza del Congreso, del mismo gobierno o de las otras autoridades. Agotado el término de las facultades excepcionales, las diversas competencias regresan a sus titulares permanentes: unas al Congreso y al Presidente de la República, según la Constitución; y otras, a las diferentes autoridades administrativas que puedan tenerlas conforme con la ley. De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que, en el caso concreto del artículo 42 del Decreto 2159 de 1992, con fundamento en el Artículo Transitorio 20 de la Constitución el Gobierno no podía ampliar el término para ejercer las facultades previstas en el mismo. **DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL** de los efectos del artículo 42 del decreto 2159 en la expresión: “dichas normas deberán expedirse a más tardar el 31 de Diciembre de 1993”.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres
(1993).

SECCION PRIMERA

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2461. Actor: AUGUSTO CESAR LOSADA SILVA.

El ciudadano Augusto César Losada Silva, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., acude ante esta Corporación para demandar la declaratoria de nulidad del Decreto 2159 de 30 de diciembre de 1992, "por el cual se fusiona la Dirección Nacional de Estupefacientes con el Fondo Rotatorio de Prevención, Represión y Rehabilitación del Consejo Nacional de Estupefacientes", expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones conferidas por el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política.

Como quiera que la demanda reúne los requisitos de ley, ella será admitida en la parte resolutive de esta providencia.

SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL Y CONSIDERACIONES DE LA SALA

En escrito separado de la demanda, el accionante solicita la suspensión provisional del Decreto acusado en su totalidad y, subsidiariamente, entiende la Sala, de sus artículos 40 y 42.

Por razones metodológicas, a continuación del resumen de cada uno de los cargos formulados por el actor en sustento de la referida solicitud, la Sala hará las consideraciones pertinentes.

Primer cargo.- El Decreto 2159 de 1992 incurre en violación del Artículo 20 Transitorio de la Constitución, pues el Gobierno Nacional no tuvo en cuenta las "consideraciones" de la Comisión Asesora, contenidas en el memorando que le dirigiera el 26 de diciembre de 1992, anexo a la demanda, en el cual se le puso de presente que de adaptarse la decisión de fusionar las dos entidades a que se refiere el acto acusado, se estaría infringiendo la citada norma constitucional transitoria. Por estas mismas razones se violaron los artículos 4o. y 8o. de la Carta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El precedente cargo no está llamado a prosperar pues, como lo ha expresado la Sala en forma reiterada, "... el carácter vinculante y obligatorio de las recomendaciones de la Comisión también exige un análisis de fondo, tarea esta que, de por sí, resulta extraña a este momento procesal, en el cual, para la

procedencia de la suspensión provisional impetrada, el artículo 152 del C.C.A. exige una infracción de normas superiores en el grado de 'manifiesta' " (auto de 4 de junio de 1993, actor: Jairo Villegas Arbeláez Exp. No. 2396).

Segundo cargo.- "La fusión que se pretende sólo debe tener el carácter de una reforma administrativa que únicamente puede llevarse a efecto mediante una ley expedida por el Congreso ó a través de facultades *protémpore* conferidas por éste al Gobierno.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala se abstiene de analizar este cargo, pues en él no se indica ninguna disposición superior que permita confrontarla con el Decreto acusado, a efecto de detectar su transgresión.

Tercer cargo.- El artículo 40 del Decreto demandado, que regula lo atinente a las "Plantas de Personal", viola los artículos 25, 53 y 125 de la Carta, "... por atentar contra el Derecho al Trabajo, a la estabilidad, a derechos salariales y prestacionales adquiridos con antelación por los trabajadores, empleados y funcionarios de las entidades fusionadas, así como contra el régimen para ellos establecido en la carrera administrativa".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Este cargo tampoco puede prosperar, pues realizada la confrontación de la norma acusada con las citadas disposiciones de orden constitucional no aparece, a primera vista, que ella atente contra los derechos y el régimen a que se refiere el solicitante de la medida, por lo cual su análisis deberá hacerse en la sentencia con la ayuda de todos los elementos de juicio recogidos durante el proceso.

Cuarto cargo.- El artículo 42 del Decreto 2159 de 1992, que regula la "Adecuación de la Estructura Orgánica de la Dirección Nacional de Estupefacientes", viola el Artículo Transitorio 20 de la Constitución, pues excediendo arbitrariamente el término improrrogable de 18 meses en él consagrado, extendió hasta el 31 de diciembre de 1993 las facultades para dictar las normas sobre planta de personal y producir las nuevas incorporaciones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El citado artículo 42 dispone lo siguiente:

SECCION PRIMERA

“ARTICULO 42. Adecuación de la Estructura Orgánica de la Dirección Nacional de Estupefacientes. La estructura orgánica, el presupuesto y las funciones del Fondo Rotatorio de Prevención, Represión y Rehabilitación del Consejo Nacional de Estupefacientes y de la Dirección Nacional de Estupefacientes, así como su respectiva planta de personal, continuarán rigiendo hasta la fecha de publicación de las normas que adopten la nueva planta de personal para la Dirección Nacional de Estupefacientes y se produzcan las respectivas incorporaciones, dichas normas deberán expedirse a más tardar el 31 de diciembre de 1993”.

En cuanto a la solicitud de suspensión la norma transcrita, la Sala considera que las facultades otorgadas al Gobierno Nacional mediante el Artículo Transitorio 20 de la Constitución eran excepcionales no solo desde el punto de vista temporal (dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución) y desde el punto de vista del objetivo o finalidad (poner las entidades de la rama ejecutiva “en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional, y en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece”), sino también desde el punto de vista de la materia, en cuanto, por ser excepcionales, ellas reunían en cabeza del ejecutivo, durante el período citado, todas las competencias relacionadas con la supresión, fusión y reestructuración de las entidades, estuvieran ellas, en virtud de las normas permanentes, ya fuera en cabeza del Congreso, del mismo gobierno o de las otras autoridades.

Por lo mismo, agotado el término de las facultades excepcionales, las diversas competencias regresan a sus titulares permanentes: unas al Congreso y al Presidente de la República, según la Constitución; y otras, a las diferentes autoridades administrativas que puedan tenerlas, conforme con la ley.

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que, en el caso concreto del artículo 42 del Decreto 2159 de 1992, con fundamento en el Artículo Transitorio 20 de la Constitución el Gobierno no podía ampliar el término para ejercer las facultades previstas en el mismo.

En consecuencia, procede la suspensión provisional de la norma acusada en este cargo, en la expresión: “...dichas normas deberán expedirse a más tardar el 31 de diciembre de 1993”.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o. ADMITESE la demanda presentada por el ciudadano Augusto César Losada Silva.

En consecuencia, se dispone:

- a) Tener como parte demandante al citado ciudadano.
- b) Tener como parte demandada a la Nación Colombiana, representada por los señores Ministro de Justicia y del Derecho, Ministra de Relaciones Exteriores, Ministro de Hacienda y Crédito Público, Ministro de Defensa Nacional, Ministro de Agricultura, Ministro de Trabajo y Seguridad Social, Ministro de Educación Nacional y Ministro de Salud y por los señores Director del Departamento Administrativo de Seguridad y Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.
- c) Notifíquese personalmente esta decisión a los citados Ministros y Directores de Departamentos Administrativos, con entrega de la copia de la demanda y sus anexos.
- d) De conformidad con el artículo 56 del Decreto 2651 de 1991 notifíquese personalmente la admisión de la demanda a la señora Agente del Ministerio Público ante 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 a la Presidencia de la República, 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 de aquél en que reciba el 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 cinco mil pesos (\$5.000.00), en efectivo, dentro de los diez (10) días siguientes al de regreso del expediente a la Secretaría de la Sección.

SECCION PRIMERA

2o. DECRETASE la suspensión provisional de los efectos del artículo 42 del Decreto 2159 en la expresión: "...dichas normas deberán expedirse a más tardar el 31 de diciembre de 1993".

3o. DENIEGASE las restantes solicitudes de suspensión provisional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

**DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES
COSTITUCIONALES - Temporalidad / DANE -Reestructuración /
GOBIERNO NACIONAL - Facultades / PLAZO / SUSPENSION
PROVISIONAL**

Las facultades otorgadas al Gobierno Nacional mediante el Artículo Transitorio 20 de la Constitución eran excepcionales no solo desde el punto de vista temporal y desde el punto de vista del objetivo o finalidad, sino también desde el punto de vista de la materia, en cuanto, por ser excepcionales, ellas reunían en cabeza del ejecutivo, durante el período citado, todas las competencias relacionadas con supresión, fusión y reestructuración de las entidades, estuvieran ellas, en virtud de las normas permanentes, ya fuera en cabeza del Congreso, del mismo gobierno o de otras autoridades. Agotado el término de las facultades excepcionales, las diversas competencias regresan a sus titulares permanentes: unas al Congreso y al Presidente de la República, según la Constitución; y otras, a las diferentes autoridades administrativas que puedan tenerlas, conforme con la ley. De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que, en el caso concreto del artículo 55 de Decreto 2118 de 1992, con fundamento en el Artículo Transitorio 20 de la Constitución el gobierno no podía ampliar el término para ejercer las facultades previstas en el mismo. **SUSPENDE PROVISIONALMENTE** los efectos del artículo 55 del Decreto 2118 de 1992, en la expresión: “ ... dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo”.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION PRIMERA

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2470. Actor: MARIA EUGENIA SEGURA DE TAFUR.

La ciudadana María Eugenia Segura de Tafur, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 de C.C.A., acude ante esta Corporación para demandar, previa suspensión provisional, la declaratoria de nulidad de Decreto 2118 de 29 de diciembre de 1992, "por el cual se reestructura el Departamento Administrativo Nacional de Estadística", expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones conferidas por el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política.

Como quiera que la demanda reúne los requisitos y formalidades que exigen los artículos 137 y ss. de C.C.A. y que esta Corporación es competente para conocer de ella, será admitida en la parte resolutive de esta providencia.

SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En *acápite* especial de la demanda, la accionante solicita la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, con fundamento en los siguientes cargos (fls. 12 y 13):

1o. El artículo 55 del Decreto 2118 de 1992 incurre en violación de los artículos 20 Transitorio y 4 de la Constitución Política, pues "... prolongó arbitrariamente en 6 meses y DELEGO en el DANE las atribuciones para 'reestructurar' la entidad".

2o. Los artículos 44, 45, 46, 47 y 59 de Decreto acusado infringen los artículos 25, 53, 58, 122, 124, 125, "150 numeral 9 literales, f," (sic) 189 14 y 215 de la Carta, pues "el artículo Transitorio 20 de la C.N. no le da facultades al Gobierno Nacional para crear, fusionar, suprimir empleos, estabilidad, modificar el régimen salarial, prestacional, convencional, de carrera administrativa, disciplinario de los funcionarios del DANE".

3o. El Decreto 2118 de 1992 incurre en infracción manifiesta de los artículos 1, 2, 4 y 20 Transitorio de la Constitución, pues "La modernización de la entidad no está en consonancia con los mandatos de la Carta Política y omitió las evaluaciones y recomendaciones de la Comisión Asesora del Gobierno Nacional".

4o. El Decreto acusado viola los artículos 101, 102, 122, 150 numerales 9, 11, 12 y 18, 189 numerales 14 y 20, 338, 345, 346 y 347 de la Carta Política,

pues “el 20 Transitorio de la C. N. no le da facultades al Gobierno Nacional para imponer contribuciones, crear obligaciones, hacer gastos a cargo del Tesoro Público, tampoco para disponer de los bienes del estado a caulier (sic) título”.

5o. “El representante legal del DANE, como agente que, ejecuta el Decreto 2118 de 1992, es responsable por los daños antijurídicos que causen, (sic) de conformidad con el artículo 90 y 91 de la Carta”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A continuación la Sala analizará los cargos en que se fundamenta la solicitud de suspensión provisional, en el mismo orden consignado en el *acápite* precedente, así:

1. El artículo 55 del Decreto 2118 de 1992 dispone lo siguiente:

“Artículo 55. Adecuación de la Estructura Interna y de Planta de Personal. El Departamento Administrativo Nacional de Estadística procederá a determinar las modificaciones a la estructura interna de la planta de personal, que sean necesarias de acuerdo con lo previsto en el presente Decreto, dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo.

“La planta de personal que se adopte empezará a regir para todos los efectos legales a partir de su publicación”.

En cuanto a la solicitud de suspensión de la norma transcrita, la Sala considera que las facultades otorgadas al Gobierno Nacional mediante el Artículo Transitorio 20 de la Constitución eran excepcionales no solo desde el punto de vista temporal (dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia la de la Constitución) y desde el punto de vista del objetivo o finalidad (poner las entidades de la rama ejecutiva “en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece”), sino también desde el punto de vista de la materia, en cuanto, por ser excepcionales, ellas reunían en cabeza del ejecutivo, durante el período citado, todas las competencias relacionadas con supresión, fusión y reestructuración de las entidades, estuvieran ellas, en virtud de las normas permanentes, ya fuera en cabeza del Congreso, del mismo gobierno o de otras autoridades.

Por lo mismo, agotado el término de las facultades excepcionales, las diversas competencias regresan a sus titulares permanentes: unas al Congreso y al Presidente de la República, según la Constitución; y otras, a las diferentes autoridades administrativas que puedan tenerlas, conforme con la ley.

SECCION PRIMERA

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que, en el caso concreto del artículo 55 de Decreto 2118 de 1992, con fundamento en el Artículo Transitorio 20 de la Constitución el gobierno no podía ampliar el término para ejercer las facultades previstas en el mismo.

En consecuencia, procede la suspensión provisional de la norma acusada en este cargo, en la expresión: "... dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo", contenida en su inciso primero.

2. En relación con el segundo cargo formulado en contra de los artículos 44 a 47, los cuales regulan lo concerniente al régimen de indemnizaciones y bonificaciones, y 59, sobre "Autorizaciones Presupuestales", del Decreto 2118 de 1992, la Sala considera que no tiene vocación de prosperar, pues si de conformidad con el Artículo Transitorio 20 de la Carta Política el Gobierno Nacional tenía facultades para suprimir, fusionar o reestructurar las entidades de la rama ejecutiva, entre otras, con la finalidad de ponerlas en consonancia con los preceptos de la Constitución, tales facultades llevan implícitas, en principio, aquellas a que se refieren las normas cuya suspensión provisional se solicita.

3. En cuanto al tercer cargo formulado genéricamente en contra de Decreto 2118 de 1992, la Sala considera que no está llamado a prosperar, pues de la lectura de su texto no aparece a simple vista que "La modernización de la entidad no está en consonancia con los mandatos de la Carta Política...", así como tampoco que para su expedición el Gobierno Nacional "... omitió las evaluaciones y recomendaciones de la Comisión Asesora..." como simplemente lo afirma la peticionaria de la medida precautelativa, menos aún si se considera que en el epígrafe del Decreto acusado se expresa que fue expedido "... teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión de que trata el mismo artículo..." 20 Transitorio.

4. Sobre el cuarto cargo formulado en forma genérica en contra de decreto demandado, la Sala considera que tampoco puede prosperar, pues para determinar si las decisiones adoptadas por el Gobierno Nacional, a que se refiere el accionante, le fueron o no conferidas por el Artículo Transitorio 20 de la Carta, deberá realizarse un profundo y dispendioso análisis sobre el alcance de las mismas, ajeno por completo a esta etapa procesal y propia, sí, del fallo que dirima la controversia.

5. Como quiera que el quinto cargo resulta ajeno al objeto y finalidad de la acción pública que se ejerce, la Sala se abstiene de hacer referencia al mismo.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado,

RESUELVE :

1o. ADMITASE la demanda presentada por la ciudadana María Eugenia Segura de Tafur.

En consecuencia, se dispone:

- a) Tener como parte demandante a la citada ciudadana.
- b) tener como parte demandada a la Nación Colombiana, representada por los señores Ministro de Hacienda y Crédito Público y Ministro de Trabajo y Seguridad Social, y por los señores Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y Director del Departamento Administrativo Nacional de Estadística.
- c) Notifíquese personalmente esta decisión a los citados Ministros y Directores de Departamentos Administrativos, con entrega de copia de la demanda y sus anexos.
- d) De conformidad con el artículo 56 del Decreto 2651 de 1991, notifíquese personalmente la admisión de la demanda a la señora Agente de Ministerio Público ante esta Corporación, con entrega de copia de la demanda y sus anexos.
- e) Fijese 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 a la Presidencia de la República, por intermedio de su Secretaria General, el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado dentro de término de diez (10) días, contados a partir de aquél en que reciba el correspondiente oficio.
- g) En acatamiento a lo dispuesto por el numeral 4) de] artículo 207 de 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 cinco mil pesos (\$5.000.00), en efectivo, dentro de los diez (10) días siguientes al de regreso de expediente a la Secretaría de la Sección.

2o. DECRETASE la suspensión provisional del los efectos del artículo 55 del Decreto 2118 de 1992, en la expresión: “ ... dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo”.

SECCION PRIMERA

3o. Deniéganse las restantes solicitudes de suspensión provisional.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

**SERVICIO PUBLICO DE SALUD / ENTIDADES
DESCENTRALIZADAS DEPARTAMENTALES / PLANTA DE
PERSONAL**

La ley 10 de 1990 fija las funciones de las juntas directivas asignandoles, en el numeral 9o. la de “aprobar la planta de personal y los manuales de cargos y funciones y efectuar conforme a ellos los nombramientos dando cumplimiento al regimen de carrera administrativa”. No dice la norma, que los nombramientos en la planta sean solamente de los que pertenecen a carrera administrativa. Habla simplemente de aprobar la planta de personal y de efectuar los nombramientos. No es pues aceptable jurídicamente que, no habiendose hecho discriminación alguna en el decreto, venga una ordenanza, norma ciertamente de menor jerarquía, a hacer distinciones asignandole al Director del Hospital unas funciones que, según lo transcrito, estan atribuídas a las Juntas Directivas. En esta clase de normas precisamente, en las que se hace patente la filosofía de la política gubernamental de dar mayor participación a la comunidad en la prestación de los servicios de salud.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de junio de mil novecientos Noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente No. 2417. Apelación Autos. Actor: LUIS ALFREDO JIMENEZ E.

SECCION PRIMERA

Decide la Sala, por medio de esta providencia, el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 25 de febrero de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba, admisorio de la demanda, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, en demanda instaurada en ejercicio de la acción pública de nulidad contra el literal d) del artículo 9o. de la Ordenanza No. 10 de diciembre de 1991, expedida por la Asamblea Departamental de Córdoba, por medio de la cual se erige el Hospital Departamental de San Vicente de Paúl de Lorica, como un establecimiento público.

LA ACCION.

El demandante solicita que se declare la nulidad del literal d) del artículo 9o. de la Ordenanza No. 10 expedida el 10 de diciembre de 1991 por la Asamblea Departamental de Córdoba, por la cual se erigió el Hospital Departamental San Vicente de Paúl de Lorica como un establecimiento público.

Señala como disposiciones superiores violadas con dicho acto, la Ley 153 de 1887, artículo 11; la Ley 4a. de 1913, artículo 240, incisos 4o. y 5o.; el Decreto Ley 1416 del 4 de julio de 1990, artículo 9o. numeral 9o.

Implora, además, en su demanda, la suspensión provisional del acto acusado por encontrarlo en contradicción con las disposiciones que regulan la materia.

EL AUTO OBJETO DEL RECURSO.

Al admitir la demanda, el Tribunal de la primera instancia decretó la suspensión provisional que había sido solicitada por el actor al encontrar que el Decreto 1416 de 1990 en su artículo 9o. señala a las juntas directivas la función de "aprobar la planta de personal y los manuales de cargos y funciones y efectuar conforme a ello los Nombramientos, dando cumplimiento al régimen de carrera administrativa ..." y que "De la simple confrontación entre el Decreto 1416 de 4 de julio de 1990, artículo 9o. numeral 9o., con el artículo noveno literal d) de la Ordenanza número 10 del 10 de diciembre de 1991, se colige con esfuerzo alguno (sic) que la Ordenanza le quitó la función nominadora que el Decreto le había dado a la Junta Directiva para designar los funcionarios del Hospital San Vicente de Paúl de Lorica"

Concluye el Tribunal afirmando que "como el Decreto tiene rango de ley y es de mayor jerarquía que la ordenanza, es obvio que debe primar éste sobre aquélla, razón por la cual deberá suspenderse provisionalmente el literal d) del artículo 9o. de la Ordenanza No. 10.

LA APELACION

El señor apoderado del Departamento de Córdoba, en escrito fotostático que reproduce los argumentos que presentó en la apelación de un caso similar, referente en aquella ocasión al Hospital San Jerónimo de Montería (Expediente número 2340, actor Luis Alfredo Jiménez E.), manifiesta que la Ordenanza acusada no ha hecho cosa distinta a complementar y desarrollar las normas que la demanda erróneamente considera violadas; que según el texto del numeral 9o. del artículo 9o. del Decreto 1416 de 1990, los nombramientos que puede efectuar la Junta Directiva de los organismos de salud son los de los empleos que pertenecen a la carrera administrativa y que, respecto a los demás empleos, ni la ley 10 de 1990 ni el Decreto 1416 de 1990 han dispuesto nada, en razón de lo cual la Asamblea Departamental procedió a conceder esa función al Director del Hospital San Vicente de Paúl de Lorica.

PARA RESOLVER, LA SALA CONSIDERA:

Tratándose, como se acaba de reseñar en el acápite anterior, de un caso de similares características al que terminó con el auto de esta Sala del 23 de abril del corriente año, no cabe alternativa diversa a reiterar las mismas consideraciones que allí se hicieron y, en consecuencia, llegar a la misma conclusión que es la de no revocar el auto apelado sino, por el contrario, confirmarlo. Lo único variable en esta oportunidad es el número de la Ordenanza cuestionada que en este caso es 10 y en aquel era 11, así como la institución hospitalaria objeto de la reglamentación cuestionada que es en la presente demanda el Hospital San Vicente de Paúl de Lorica y en aquella era el Hospital San Jerónimo de Montería. Por lo demás, todo es igual: La entidad que expidió el acto, la parte demandante, la parte demandada, el texto de la Ordenanza, los fundamentos jurídicos de la acción, los profesionales que representan a una y otra parte y hasta el texto del memorial de apelación.

Hecho el anterior exordio, reitera entonces la Sala:

El Gobierno Nacional, haciendo uso de atribuciones constitucionales y para desarrollar lo ordenado en la Ley 10 de 1990, artículo 1o., letra d), que dispone la intervención del Estado en el servicio público de salud, con el fin de “organizar y establecer las modalidades y formas de participación comunitaria y, en especial, lo relativo a la comisión de juntas directivas de que trata el artículo 19 de la presente Ley”, dictó el Decreto Número 1416 de 1990 en el que reglamenta lo relacionado con los comités de participación comunitaria, asociaciones de usuarios, comisiones y grupos de trabajo, funciones de los comités de participación comunitaria, comités especiales, etcétera.

SECCION PRIMERA

En el artículo 9o. fija las funciones de las juntas directivas asignándoles, en el numeral 9o., la de "aprobar la planta de personal y los manuales de cargos y funciones y efectuar conforme a ellos los nombramientos, dando cumplimiento al régimen de carrera administrativa".

No dice la norma, al menos analizándola en un primer examen, que los nombramientos en la planta de personal sean solamente los que pertenecen a la carrera administrativa. Habla simplemente de aprobar la planta de personal y de efectuar los nombramientos.

No es pues aceptable jurídicamente que, no habiéndose hecho discriminación alguna en el Decreto, venga una Ordenanza, norma ciertamente de menor jerarquía como lo dice el *a-quo* a hacer distinciones asignándole al Director del Hospital unas funciones que, según lo transcrito, están atribuidas a las Juntas Directivas. Es en esta clase de normas precisamente, en las que se hace patente la filosofía de la política gubernamental de darle mayor participación a la comunidad en la prestación de los servicios de salud.

Al disponerse en la Ordenanza demandada, que una de las funciones del Director del Hospital Departamental es la de "nombrar y remover el personal de la entidad, conforme a las normas legales y estatutarias; con las excepciones previstas en el presente decreto (sic)", se está desobedeciendo la estipulación ya señalada del Decreto 1416 de 1990.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

**ORGANISMOS DE SALUD / ENTIDADES DECENTRALIZADAS
DEPARTAMENTALES / JUNTA DIRECTIVA - Facultades /
EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION**

Cuando el precepto estatuye que las Juntas Directivas efectuarán los nombramientos “dando cumplimiento al régimen de carrera Administrativa” no está significando que la potestad nominadora esté circunscrita a los cargos de carrera y excluya a los que no pertenecen a ésta sino que cuando se trate de aquéllos habrán de observarse las normas que los regulan, esto es, las referentes a concursos, período de pruebas, ascensos, etc. Por consiguiente, la facultad es amplia y cobija a una y otra clase de cargos. Las Juntas Directivas de los organismos de salud tienen la facultad de nombramiento en los cargos o empleos requeridos por la correspondiente entidad. Al disponer el acto acusado, que el Director del Hospital Departamental puede nombrar y remover el personal de dicha entidad, está contrariando en forma manifiesta el precepto anterior. Confirma la suspensión provisioal; de los efectos del literal d) del art. 9 de la ordenanza 12 de 10 de dic. de 1991, expedida por la Asamblea Departamental de Córdoba.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de junio de mil novecientos noventa y tres
(1993).*

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2422. Recurso de apelación contra el auto de 24 de febrero de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba.
Actor: LUIS ALFREDO JIMENEZ ESPITIA.

SECCION PRIMERA

Se decide de plano el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del Departamento de Córdoba contra el auto de 24 de febrero de 1993, proferido por el tribunal Administrativo del mismo departamento, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos del literal d) del artículo 9o de la Ordenanza No 12 de 10 de diciembre de 1991 expedida por la Asamblea Departamental de Córdoba.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- El ciudadano LUIS ALFREDO JIMENEZ ESPITIA, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., acudió ante el Tribunal Administrativo de Córdoba a presentar demanda tendiente a que se declarara la nulidad, previa suspensión provisional, del literal a) del artículo 9o. de la Ordenanza No. 12 de 10 de diciembre de 1991, expedida por la Asamblea Departamental de Córdoba, que erigió el Hospital Departamental San Juan de Sahagún como establecimiento Público del orden Departamental.

I.2.- Como normas violadas se citaron en la demanda los artículos 11 de la Ley 153 de 1887, 240, incisos 4o. y 5o. de la Ley 4a. de 1913 y 9o. numeral 9o. del Decreto Ley 1416 del 4 de julio de 1990.

I.3.- El literal d) del Artículo 9o. de la Ordenanza mencionada dice textualmente:

“ARTICULO NOVENO: De las funciones del Director las siguientes:

Son funciones del Director las siguientes:

...d) Nombrar y remover el personal de la entidad, conforme a las normas legales y estatutarias, con las excepciones previstas en el presente Decreto...”

Se expresan, en la demanda, entre otros argumentos, que el artículo 9o. numeral 9o del Decreto 1416 de 1990 fue violado directamente porque esta disposición asigna la competencia nominadora a las Juntas Directivas de los organismos o entidades de salud, mientras que la norma acusada se la asignó ilegalmente al, Director del Hospital Departamental de San Juan de Sahagún.

I.4.- Para solicitar la suspensión provisional se aduce que aparece prima facie la contradicción entre la norma demandada y el artículo 9o numeral 9o. del Decreto 1416 de 1990; y por mandato del artículo 11 de la Ley 153 de 1887 y del artículo 240 inciso 5o. de la Ley 4a. de 1913 debe aplicarse de preferencia a la Ordenanza el Decreto 1416 de 1990, por ser un Decreto Ley. Pero no

obstante lo anterior, si se le da el valor o categoría de simple Decreto Reglamentario al mismo, en el orden del Departamento, debe aplicarse de preferencia a la Ordenanza, por mandato expreso del inciso 4o. del precitado artículo 240 de la Ley 4a. de 1913.

II.- EL AUTO RECURRIDO

Para acceder a la suspensión provisional de la norma acusada, el Tribunal *a-quo*, razonó, en esencia, así:

En desarrollo del artículo 1o. literal d) de la ley 10a. del 10 de Enero de 1.990, que reorganizó el Sistema Nacional de Salud, se dictó el Decreto Especial 1416 de 4 de julio de 1990, el cual en su artículo 9o. señaló las funciones de las Juntas Directivas de los tres niveles, expresando, que además de las que se definan por la respectiva entidad territorial, ejercerán las siguientes: "... 9) Aprobar la planta de personal y los manuales de cargos y funciones y efectuar, conforme a ellos los nombramientos, dando cumplimiento al régimen de Carrera Administrativa..."

Ahora la Ordenanza No. 12 en cumplimiento de las normas del citado Decreto 1416 determinó las funciones de la Junta Directiva del Hospital San Juan de Sahagún, y al señalar las del Director del mismo establecimiento, en su artículo 9o. literal d) estatuyó que le correspondía "... nombrar y remover el personal de la Entidad, conforme a las normas legales y estatutarias; con las excepciones previstas en el presente Decreto..."

De la simple comparación entre el anterior precepto con el artículo 9o. literal d del Decreto 1416, a prima facie y sin esfuerzo alguno se observa que la Ordenanza rebasó el Decreto trasladando la función nominadora que este le otorgaba a la Junta Directiva, para asignársela al director de la Entidad.

Como el Decreto dado su rango es de mayor jerarquía que la Ordenanza, es obvio que prima sobre ésta y por tal razón debe suspenderse provisionalmente el precepto de ésta demandado.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El accionante, para solicitar la revocatoria del proveído apelado, adujo principalmente lo siguiente:

Exige el artículo 152 del C.C.A., que en la acción de nulidad para suspender los efectos de un acto administrativo basta la manifiesta violación de una norma

SECCION PRIMERA

superior que se puede percibir a través de una sencilla comparación o del examen de las pruebas aportadas.

No es cierto que la Ordenanza No. 12 de 1991, especialmente el artículo 9o. literal d, haya violado manifiestamente las normas de la ley 10a de 1990 o del Decreto 1416 de 1990, porque precisamente la acusada Ordenanza acusada no ha hecho sino complementar, o mejor, desarrollar las normas que la demanda erróneamente ha considerado violadas.

Según el numeral 9o. del artículo 9o. del Decreto 1416 de 1990 los nombramiento que pueden efectuar las Juntas Directivas de los organismos de salud son los de los empleos que pertenecen a la carrera administrativa. Respecto a los demás empleos, ni la Ley 10a. de 1990, ni el Decreto 1416 de 1990 han dispuesto nada, en razón de lo cual, la Asamblea Departamental mediante la Ordenanza No. 12 de 1991.. artículo 9o. literal d), procedió a concederle esa función al Director del Hospital de Sahagún.

No existiendo una ley que sea clara en ese sentido, es decir, una norma de superior jerarquía que establezca expresamente que los empleos de libre nombramiento y remoción son nominados por una autoridad distinta al Director del Hospital de San Juan de Sahagún, se debe dar cumplimiento a lo que actualmente dispone la Ordenanza.

En consecuencia, los nombramientos que puede hacer la Junta Directiva son los de carrera administrativa, y los de libre nombramiento y remoción compete hacerlos al Director con fundamento en la Ordenanza No. 12. citada.

Debe tenerse en cuenta que el Decreto 1416 de 1990 en su artículo 9o. no emplea el término remoción, solamente se preocupa de los nombramientos. Entonces debe colegirse que los empleos de carrera quedan sometidos a lo que prescribe la susodicha norma y la nominación de los empleos de libre nombramiento y remoción quedó como función del Director del Hospital.

El artículo 9o. literal d) de la Ordenanza No. 12 de 1991 en nada contraría lo que prescribe el Decreto 1416 de 1990, sino que, aunque parezca paradójico, llena un vacío tanto de la ley 10a. de 1990 como del citado decreto, en cuanto a que la remoción del personal de libre nombramiento y remoción del Hospital San Juan de Sahagún, es facultativa de su Director.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

El fundamento del *aquo* para ordenar la suspensión provisional de los efectos del literal acusado estriba en que éste rebasó lo dispuesto en un precepto

de superior jerarquía, como es el artículo 9o. literal d) del Decreto Especial 1416 de 1990, al trasladar la función nominadora, que este le otorgaba a la Junta Directiva, al Director del Hospital.

Con base en la Ley 10a. del 10 de Enero de 1990, el Presidente de la República expidió el Decreto Especial 1416 de 4 de julio del mismo año, el cual en su artículo 9o. numeral 9o, es claro al indicar, como función de las Juntas Directivas de los organismos de salud, entre otras, la de “Aprobar la planta de personal y los manuales de cargos y funciones y efectuar conforme a ellos los nombramientos, dando cumplimiento al régimen de carrera administrativa”.

Esta última disposición es sumamente clara y descarta la interpretación que de ella hace el recurrente, en el sentido que los nombramientos que pueden efectuar las Juntas Directivas de los organismos de salud, son los de los empleos que pertenecen a la carrera administrativa.

Para la Sala tal interpretación no es válida, dado que cuando el precepto estatuye que las Juntas Directivas efectuarán los nombramientos “dando cumplimiento al régimen de carrera Administrativa” no está significando que la potestad nominadora esté circunscrita a los cargos de carrera y excluya a los que no pertenecen a ésta sino que cuando se trate de aquéllos habrán de observarse las normas que los regulan, esto es, las referentes a concursos, período de pruebas, ascensos, etc. Por consiguiente, la facultad es amplia y cobija a una y otra clase de cargos.

La circunstancia de que el Decreto mencionado se refiera solo a nombramientos y no diga nada sobre remoción “no tiene la connotación que pretende dar el apelante, pues por lógica, quien tiene la facultad de nombramiento posee la de remoción, a menos que la ley la escinda, lo que no acontece en este caso”, como lo sostuvo esta Sala en auto de 4 del presente mes y año, con ponencia del Consejero doctor Miguel González Rodríguez, en un asunto similar al que nos ocupa. Ref: Expediente No. 2419 -Actor: Luis Alfredo Jiménez Espitia).

En consecuencia, resulta palmario que las Juntas Directivas de los organismos de salud tienen la facultad de nombramiento en los cargos o empleos requeridos por la correspondiente entidad, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 9o. numeral 9o. del Decreto Especial 1416 de 1990, como también que al disponer el artículo 9o. literal d) de la Ordenanza No. 12 de 10 de Diciembre de 1991, expedida por la Asamblea del Departamento de Córdoba, que el Director del Hospital Departamental de San Juan de Sahagún puede nombrar y remover el personal de dicha entidad, está contrariando en forma manifiesta

SECCION PRIMERA

aquel precepto superior, situación que justifica que se confirme el proveído que decretó la suspensión provisional de sus efectos.

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

RESUELVE:

Confírmase el auto apelado.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 10 de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).-

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

**MINISTERIO DE SALUD - Restructuración / GOBIERNO
NACIONAL - Facultades / SUPRESION DE EMPLEOS / PLAZO /
PLANTA DE PERSONAL**

El Gobierno no podía con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional establecer un termino adicional para realizar el programa de supresión de empleos y para establecer la planta de personal del Ministerio de Salud, por fuera del término de que disponía para ejercer facultades excepcionales. En casos como el presente la Sala ha encontrado que la ampliación del término para ejercer las facultades excepcionales previstas en el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional contraría en forma manifiesta el citado ordenamiento constitucional. SUSPENDE PROVISIONALMENTE los efectos de las siguientes frases contenidas respectivamente en los artículos 98 y 101 del decreto 2164 del 30 de diciembre de 1992: "... dentro del plazo de un (1) año contando a partir de la fecha de publicación del presente decreto", y "dentro del año siguiente a la fecha de vigencia".

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

Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de junio de mil novecientos noventa y tres(1993).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2452. Decretos del Gobierno. Actor.: EDGAR PIÑEROS RUBIO.

El actor de la referencia en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita a la Corporación que declare nulos los

SECCION PRIMERA

artículos 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111 y 112 del Decreto 2164 de diciembre 30, de 1992 dictado por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le confirió el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, "Por el cual se reestructura el Ministerio de Salud".

ADMISION DE LA DEMANDA.

Como quiera que la demanda reúne los requisitos de Ley, la Sala deberá admitirla y ordenar su trámite tal como se ordena en la parte resolutive de esta providencia.

LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL.

En ella dice el demandante que las disposiciones acusadas infringen en forma manifiesta los principios consagrados en los artículos 25, 58, 121, 125 y 189 ordinal 14 y 20 transitorio de la Constitución Nacional, porque disponen la supresión de empleos y la separación del personal como consecuencia de la reestructuración del Ministerio de Salud, ejerciendo tal poder después de haber precluido el término para la reorganización, pues el plazo de los 18 meses para expedir la nueva planta de personal terminó el 7 de enero de 1993.

Dice asimismo el actor que con el acto acusado se desconocen el derecho al trabajo y al salario; la protección que le debe prohiar el Estado; la estabilidad en el empleo; los derechos adquiridos con arreglo a la ley; la carrera administrativa; y, en fin, que se incurre en un abuso de la facultad de que está investido el Presidente de la República para suprimir los empleos que demande la Administración Central, ya que en ningún momento se le facultó para suprimir cargos o crear causales de insubsistencia de nombramientos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Frente al cargo formulado al Decreto acusado por haber excedido las facultades otorgadas al Gobierno Nacional en el artículo 20 transitorio de la Carta Política, la Sala reitera una vez más lo que ya ha consignado en ocasiones anteriores, en el sentido de que para concluir en una violación del mandamiento constitucional citado, es necesario entrar a determinar hasta dónde iban dichas facultades, relativas a la reestructuración de las diferentes dependencias de que trata el artículo 20 transitorio.

También ha dicho la Sala en casos similares que si el Gobierno Nacional, tenía facultades para suprimir, fusionar o reestructurar las entidades comprendidas en el mandamiento constitucional ya citado, con la finalidad de

ponerlas en consonancia con los preceptos de la nueva Carta, tales facultades llevan ínsita la de crear, fusionar y suprimir empleos.

Los cargos hechos al Decreto para efectos de la suspensión provisional conducen a la necesidad de absolver interrogantes relativos a lo que debe entenderse por reestructuración, las facultades y las consecuencias que ella implica, los cuales podrían ser absueltos después de análisis y lucubraciones propios del momento procesal de la sentencia y no del de ahora cuando de lo que se trata es de observar a primera vista la violación manifiesta de una norma de carácter superior, en este caso de la Constitución Nacional.

En relación con el cargo hecho al acto impugnado por haber excedido el plazo de los 18 meses para realizar la reestructuración, la Sala observa lo siguiente:

Los artículos 98 y 101 del Decreto 2164, son del siguiente tenor:

“Art. 98. Programa de Supresión de Empleos. La supresión de empleos o cargos, en los términos previstos en el artículo anterior, se cumplirá de acuerdo con el programa que apruebe la autoridad competente para ejecutar las decisiones adoptadas, dentro del plazo de un año contado a partir de la fecha de publicación del presente Decreto.

“Art. 101. Adopción de la Planta de Personal. El Gobierno establecerá la planta de personal del Ministerio de Salud de acuerdo con la estructura y funciones fijadas en el presente decreto, dentro del año siguiente a la fecha de vigencia. Dicha planta entrará a regir para todos los efectos legales y fiscales a partir de la fecha de publicación del correspondiente decreto”.

Como en otras oportunidades, aquí también considera la Sala que el Gobierno no podía con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional establecer un término adicional para realizar el programa de supresión de empleos y para establecer la planta de personal del Ministerio de Salud, por fuera del término de que disponía para ejercer facultades excepcionales, por lo cual, respecto del artículo 98 acusado procede la suspensión provisional de la expresión “... dentro del plazo de un (1) año contado a partir de la fecha de publicación del presente Decreto” y respecto del 101, la frase “... dentro del año siguiente a la fecha de vigencia”.

En casos como el presente la Sala ha encontrado que la ampliación del término para ejercer las facultades excepcionales previstas en el artículo

SECCION PRIMERA

transitorio 20 de la Constitución Nacional contraría en forma manifiesta el citado ordenamiento constitucional por las razones que a continuación se expresan:

“... La Sala considera que las facultades otorgadas al Gobierno Nacional mediante el artículo transitorio 20 de la Constitución eran excepcionales no solo desde el punto de vista temporal (dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución) y desde el punto de vista del objetivo y finalidad (poner las entidades de la rama ejecutiva “en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece”), sino también desde el punto de vista de la materia, en cuanto, por ser excepcionales, ellas reunían en cabeza del ejecutivo, durante el período citado, todas las competencias relacionadas con la supresión, fusión y reestructuración de las entidades, estuvieran ellas, en virtud de las normas permanentes, ya fuera en cabeza del Congreso, del mismo gobierno o de otras autoridades.

“Por lo mismo, agotado el término de las facultades excepcionales, las diversas competencias regresan a sus titulares permanentes: unas al Congreso y al Presidente de la República, según la Constitución; y otras, a las diferentes autoridades administrativas que puedan tenerlas, conforme con la ley”. (Auto de 17 de mayo, de 1993, expediente 2321, Consejero Ponente, Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez).

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

1o. **ADMITIR** la demanda de nulidad instaurada contra el Decreto No. 2164 de 30 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional. Para su trámite, se dispone:

a) Notifíquese a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Trabajo y Seguridad Social, de Salud Pública, y al señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública en la forma prevista por el artículo 150 del C.C.A.. Entrégueseles copias de la demanda y sus anexos.

b) Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación.

c) La parte demandante deberá depositar, dentro del término de cinco (5) días, la suma de CINCO MIL PESOS (\$5.000.00) M/cte., para gastos ordinarios del proceso.

d) Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días, para que la parte demandada y demás intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar pruebas.

e) Por Secretaría, solicítase a las oficinas correspondientes el envío, dentro del término de diez (10) días, de los antecedentes administrativos del Decreto acusado.

2o. **DECRETAR** la suspensión provisional de los efectos de las siguientes frases contenidas respectivamente en los artículos 98 y 101 del Decreto 2164 del 30 de diciembre de 1992: "... dentro del plazo de un (1) año contado a partir de la fecha de publicación del presente Decreto", "y dentro del año siguiente a la fecha de vigencia".

3o. **DENEGAR** la suspensión provisional de los efectos de las demás normas cuya suspensión provisional se solicita.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia la discutió y aprobó la Sala en reunión efectuada el día (10) de junio de (1993)

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

**BIEN MOSTRENCO / DENUNCIA DE BIEN MOSTRENCO / LEY
EN EL TIEMPO / IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY.**

Para la época en que se presentó la denuncia y se expidieron los actos acusados las normas vigentes, y por lo mismo aplicables al trámite de las denuncias de bienes vacantes o mostrencos, lo eran las contenidas en los artículos 99 a 113 del Decreto Reglamentario No. 2388 de 1979, y en dichas normas no se prevé el “público conocimiento” como causal que exima a la entidad de reconocer al de tal suerte que el Decreto 3421 expedido el 7 de Noviembre de 1986 , publicado el 10 de Noviembre del mismo año y que en el párrafo del artículo 1o. modificó el artículo 99 del Decreto 2388 de 1979, que consagra el “público conocimiento” como eximente para reconocer la calidad de denunciante posterior a la presentación de la denuncia y a la expedición de los actos acusados, no es aplicable al caso controvertido. Sólo en la medida en que al patrimonio del ICBF ingrese el producto del mostrenco o como en este caso, el mostrenco mismo, aquél está obligado al pago de la participación. Y ello tiene su razón de ser dado que el sólo reconocimiento de denunciante y la celebración del contrato respectivo para adelantar el correspondiente juicio donde se obtenga la declaración de vacante o mostrenco de un bien arroja una mera expectativa, por tratarse de un derecho litigioso.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera
Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de junio de mil novecientos
noventa y tres (1993).*

Consejero ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2147. Recurso de apelación contra la sentencia de 18 Junio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: MARIO RAUL CAÑAVERAL HERNANDEZ.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de la referencia, que denegó las súplicas de la demanda incoada en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., contra las Resoluciones Nos. 2732 de 28 de octubre de 1985 y 0146 de 23 de Enero de 1986, expedidas por la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de las cuales se abstuvo dicha entidad de reconocer al actor la calidad de denunciante de la cantidad de U.S.\$1.674.300 dólares americanos decomisados en la finca AIRAPUA en el Municipio de Puerto Gaitán (Meta).

I. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA:

Para denegar las súplicas de la demanda el *a-quo* consideró, en síntesis, lo siguiente:

1. En cuanto al primer cargo:

El artículo 137 del C.C.A. trata del contenido de la demanda y en el cuarto requisito exige que “cuando se trate de la impugnación de un acto administración deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de la violación”.

Como se observa, el demandante cita como violados los artículos 99 a 113 de Decreto Reglamentario 2388 de 1979, pero no expresa el concepto de la violación de cada uno de ellos sino que de manera muy genérica formula la argumentación. Es decir, el actor no expresa el concepto de la violación en relación con la disposición concreta de los artículos 99 a 113, esto es, no citó ninguno de estos artículos para explicar el concepto de su violación pues la técnica que debe utilizarse en las demandas, cuando se trate de un acto administrativo, exige una explicación de tal concepto artículo por artículo.

Al no haber concretado el actor el concepto de la violación del acto administrativo frente a una norma jurídica en especial, sino de varias en general, el fallo debe ser adverso por ser esta jurisdicción rogada. Sin embargo, en el caso sub judice en una amplísima interpretación de la demanda se encuentra un cargo en que el demandante por el solo hecho de poner en conocimiento del I.C.B.F. la existencia de un bien mostrenco por definición y por derecho adquirió la calidad de denunciante.

SECCION PRIMERA

Los artículos 99 del Decreto 2388 de 1979 y 103 ut supra del Decreto 3421 de 1986 se refieren al descubrimiento de bienes mostrencos y a que no habrá tal descubrimiento cuando dicha existencia haya sido divulgada por los medios de comunicación social.

El Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en los considerandos de la Resolución 2732 por la cual negó la calidad de denunciante al actor, y en la Resolución 0146 que negó el recurso de reposición, aduce que la aprehensión de los dólares fue de "público conocimiento" y el operativo tuvo publicidad. Así lo reconoce el denuncia formulado el 30 de abril de 1985. Por lo anterior no prospera el cargo.

2. En el segundo cargo, se alega la violación del artículo 30 de la Constitución Nacional de 1886.

Afirma el demandante tener el derecho establecido en normas positivas y concretamente en el Decreto 2388 de 1979, y que a pesar de que ha cumplido con todos los requisitos exigidos por la ley para el caso, el Instituto se ha abstenido de reconocer la calidad de denunciante y en consecuencia se le ha privado de todos los derechos inherentes; que la realización de la denuncia con el lleno de todos los requisitos hizo nacer el derecho a su favor de los consecuentes beneficios de reconocimiento de la calidad de denunciante y celebración del contrato y que la voluntad de la Administración es violatoria del artículo 30 al desconocer un derecho adquirido con justo título y con arreglo a las leyes civiles.

Considera el Tribunal que por el solo hecho de presentar denuncia ante el I.C.B.F. no atribuye la Constitución ni la Ley a su autor un derecho adquirido, ya que los derechos adquiridos según la jurisprudencia, son aquéllos que se han consolidado con la persona y forman parte integrante de su patrimonio (sentencia de 28 de octubre de 1925).

Como lo alegó el demandado, antes del reconocimiento la persona que acude al I.C.B.F. sólo tiene una expectativa de adquirir mediante Resolución esta calidad.

3. En el tercer cargo por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional de 1886, en síntesis arguye el demandante que el proceso administrativo descrito en el reglamento debe cumplirse para adecuar el proceder de la administración a la Constitución Nacional.

De la argumentación se desprenden varios aspectos:

a). Genéricamente alude a la violación de los artículos mencionados en el Decreto 2388 de 1979. No precisa cuáles artículos pero puede estar refiriéndose a los artículos 99 a 113 de este estatuto citados con anterioridad.

b). Que el Instituto una vez recibida, la denuncia y de acuerdo con las mismas normas debía proferir un acto administrativo de reconocimiento como denunciante.

c). Como conclusión, el proceso administrativo regulado en el Decreto 2388 de 1979, debe cumplirse para adecuar el proceder de la administración a la Constitución.

Las reglas que reglamentan el debido proceso en el caso *sub examine* son las previstas en los artículos 99 a 113 del Decreto Reglamentario 2388 de 1979.

Encuentra la Sala que la administración Pública obró de conformidad con el trámite procedimental allí previsto pues recibió el escrito de denuncia; el actor amplió la misma relacionando el hallazgo de otros diluiréis; luego presentó otra ampliación; se solicitó verificar si con anterioridad a dicha denuncia existía otra; se informó que no existía otra denuncia radicada con anterioridad; a folios 62 y 63 obra un proyecto de resolución reconociéndole al actor la calidad de denunciante, y finalmente se profirieron los actos acusados. Ello permite apreciar que en ningún momento se violó el derecho de defensa o el debido proceso ya que el negar el reconocimiento como denunciante no conduce a tal violación pues una denuncia no legitima al interesado para que forzosamente tenga que reconocérsela la calidad de denunciante.

II-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION:

Finca el recurrente su inconformidad con la sentencia apelada en los siguientes argumentos:

1. La actuación surtida ante la administración iniciada el 30 de abril de 1985, estaba gobernada por el Decreto 2388 de 1979, vigente desde el 29 de septiembre de ese año, cuyo artículo 99 debió ser el aplicado por el Tribunal para resolver el conflicto. Pero por el contrario, aplicó indebidamente el Decreto 3421 de 7 de noviembre de 1986, que reformó el Decreto 2388 de 1979, el cual se expidió 14 meses después de los hechos y de las circunstancias que dieron lugar a la denuncia de bienes y que de ninguna manera podía regular la actuación

SECCION PRIMERA

administrativa acusada iniciada el 30 de abril de 1985, y concluída con los actos de 28 de octubre de 1985 y 23 de enero de 1986.

El Decreto 3421 de 7 de noviembre de 1986 tampoco podía ser aplicado por regular de manera diferente la situación jurídica al momento en que ocurrieron los hechos. Basta la simple comparación de las normas iniciales y las nuevas.

2. El *a-quo* con un excesivo formalismo respecto del concepto de la violación dejó de tener en cuenta las normas que se mencionaron como quebrantadas junto con su concepto de violación, afectando las resultas del proceso por cuanto decidió aplicar las del Decreto 3421 de 1986.

En la sentencia se hace una crítica de la demanda para llegar casi que a exigir fórmulas sacramentales cuando la ley, la doctrina y la jurisprudencia marcan otros rumbos evitando formulismos innecesarios no reclamados por la ley.

La falla que se imputa a la demanda no ocurrió porque se identificaron las normas concretas violadas y luego se dio su concepto de violación. Así, se manifestó expresamente que las normas violadas lo fueron los artículos 99 a 113 del Decreto Reglamentario 2388 de 1979. Estos artículos están bajo la denominación de BIENES MOSTRENCOS Y OCASION HEREDITARIA, y por tanto el señalamiento de las normas fue concreto.

Además, al expresarse el concepto de violación se dijo claramente que se cumplió con el requisito que establece cómo deben denunciarse los bienes mostrencos de que trata el artículo 99 del Decreto 2388 de 1979; que se cumplió con las obligaciones inherentes a la calidad de denunciante como prestar juramento de obrar de buena fe y estar dispuesto a celebrar el contrato respectivo (artículo 99 incisos 2o. a 4o. *ibídem*) y se suministraron las informaciones necesarias que permitieron al instituto ubicar el mostrenco (artículo 102 del mismo Decreto)

Al no cumplir el instituto con su obligación de celebrar el contrato violó los artículos 99 a 113 del citado Decreto. Se concluye pues que el concepto de violación, quedó expuesto en forma clara, con una metodología diferente a la que el Tribunal exigió y no se podían en él fallo dejar de aplicar por una supuesta falla que no ocurrió, y menos aún aplicar normas inaplicables en ese momento por haber sido expedidas con posterioridad a los hechos discutidos.

3. El público conocimiento que adujo la entidad fue un invento del Director del I.C.B.F. de la época para aplicarlo a este caso exclusivamente puesto que esta tesis nunca antes fue expuesta en caso alguno ni similar; tampoco tendrá

aplicación en el futuro ya que los medios publicitarios no publican los hallazgos de mostrencos o vacantes, pues el hallazgo es jurídico.

Sin embargo, a pesar del público conocimiento el Instituto se sirvió de la información y denuncia para adelantar el proceso por su propia cuenta, el cual perdió por la declaración de perención, es decir, por negligencia.

Tal como se desprende de los testimonios rendidos en el proceso se reunieron los requisitos establecidos en el Decreto 2388 de 1979, de ahí que inicialmente se proyectará la Resolución reconociendo la calidad de denunciante al actor, y con base en diversos conceptos jurídicos de diferentes funcionarios del I.C.B.F. Sin embargo ellos no fueron suficientes para el Director, por lo cual se solicitó un concepto de un funcionario de la Procuraduría que hablaba del público conocimiento para evadir el imperioso deber de reconocer la calidad de denunciante y celebrar el respectivo contrato.

El Público conocimiento establecido en el parágrafo del artículo 10. del Decreto 3421 de 1986 no es aplicable, toda vez que lo que fue de público conocimiento fue el operativo de las autoridades con el objeto de darle captura a Carlos E. Ledher Rivas, más no el hallazgo de bienes.

En estos casos el hallazgo es eminentemente jurídico puesto que depende de las circunstancias. El bien puede ser o no mostrenco, máxime cuando el bien mueble - paquete contentivo de las divisas-, apareció en la finca Airapúa de propiedad de una persona diferente a aquella contra quien se dirigía el operativo, de tal forma que el señor Ledher no tenía ni siquiera la calidad de dueño aparente pues no era el propietario de lo principal o sea el inmueble donde se encontró el bien mostrenco. Así pues los mostrencos no se pueden encontrar sino jurídicamente y no periodísticamente.

Finalmente, el establecimiento del derecho implicaría la suscripción del contrato de denuncia y la percepción de la participación económica por el mismo, lo cual en este momento ya no es posible por cuanto el Instituto inició la acción, por negligencia se le aplicó la perención y ha manifestado abiertamente su intención de declinar las pretensiones al respecto, y por tal conducta el mostrenco ha desaparecido.

Como una forma especial de restablecimiento del derecho, por no poder las cosas retrotraerse y cumplirse como normalmente debía haberse hecho, procede la reparación del daño que consiste en el pago de los perjuicios ocasionados al actor que se traducen en la suma que dejó de percibir al no reconocérsele la calidad de denunciante y suscribir el contrato de participación,

SECCION PRIMERA

que en este caso de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2388 de 1979 es del 30% sobre el valor total del mostrenco.

III-. LA DECISION:

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

A través de las Resoluciones Nos.2732 de 28 de octubre de 1985 y 0146 de 23 de Enero de 1986 (folios 24 a 26 y 28 a 29 del cuaderno No. 1), la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se abstuvo de reconocer al actor la calidad de denunciante de un bien mostrenco en la cantidad de US\$1.674.300 dólares americanos decomisados en la finca Airapua del Municipio de Puerto Gaitán (Meta), con base en que la aprehensión de dicho bien fue de público conocimiento y por tanto debía operar la denuncia por la vía de la oficiosidad.

El Tribunal al estudiar el primer cargo de violación planteado por el demandante consideró que éste no dio cumplimiento al artículo 137 ordinal 4o. del C.C.A., como quiera que no explicó el alcance de violación de las normas citadas como infringidas. Pero no obstante ello tuvo en cuenta que el sólo hecho de poner en conocimiento del ICBF la existencia de un bien mostrenco, por definición y por derecho adquirió aquél la calidad de denunciante y que conforme al artículo 103 *ut supra* del Decreto 3421 de 1986, no se está en presencia del descubrimiento de un bien mostrenco cuando éste ha sido divulgado por los medios de comunicación, por lo cual no prosperó tal censura.

La inconformidad del actor gira en torno del estudio que hizo el *a quo* del primer cargo y por ello la Sala se circunscribirá únicamente a éste.

Al referirse al primer cargo el actor en su libelo expresó, en síntesis que se violaron los artículos 99 a 113 del Decreto Reglamentario 2388 de 1979, cuyas normas establecen la obligación perentoria para todas las personas que tengan conocimiento de la existencia de un bien vacante o mostrenco o de una vocación hereditaria, de presentar denuncia por escrito ante la Dirección General o Regional, según el caso, del ICBF, para que éste mediante Resolución motivada haga el reconocimiento del denunciante y suscriba el respectivo contrato para así, al obtener la entidad el ingreso a su patrimonio de los bienes denunciados, se pague la correspondiente participación económica.

Que de acuerdo con los hechos plasmados y el material probatorio que se anexa al expediente se colige que: él fue la primera persona en denunciar los bienes como mostrencos; cumplió a cabalidad con las obligaciones inherentes a la calidad de denunciante que establecen las normas violadas del Decreto 2388 de 1979, en cuanto prestó juramento de obrar de buena fe y de estar dispuesto a suscribir el contrato para iniciar el proceso de declaratoria de bienes mostrencos ante la jurisdicción ordinaria; suministró oportunamente las informaciones que permitieron al ICBF ubicar con precisión los dólares incautados, y, que, no obstante lo anterior, se adujo por la entidad el público conocimiento cuando éste se refiere es al operativo para la aprehensión de Carlos Ledher Rivas y a la fuga del mismo pero no al bien denunciado como mostrenco, además que el derecho consagrado en el citado Decreto es claro, indubitable, y no admite condición distinta para su nacimiento que presentar la denuncia y cumplir con el protocolo ya referido (folios 10 a 12 del mismo cuaderno).

De lo anterior se deduce sin mayor esfuerzo que el actor si cumplió con el requisito previsto en el ordinal 4o. del artículo 137 del C.C.A., pues las normas que cita como vulneradas regulan todo el trámite que ha de seguirse ante la denuncia de bienes mostrencos o vacantes, el cual termina con el pago de la participación al contratista, trámite éste que según el actor no se siguió por el Instituto demandado pese a haber él cumplido con los requisitos exigidos, lo que a su juicio quebranta esas mismas disposiciones.

No existe duda alguna para la Sala que para la época en que se presentó la denuncia y se expidieron los actos acusados las normas vigentes, y por lo mismo aplicables al trámite de las denuncias de bienes vacantes o mostrencos, lo eran las contenidas en los artículos 99 a 113 del Decreto Reglamentario No. 2388 de 1979, y en dichas normas no se prevé el “público conocimiento” como causal que exima a la entidad de reconocer al denunciante como tal y proceder a celebrar el respectivo contrato. Sólo en el artículo 102 incisos 2o. y 3o. se consagran las causales por las cuales podrá el ICBF desconocer al denunciante la participación, esto es, cuando dentro de los 30 días siguientes a la denuncia no adjunte los documentos exigidos sin justificación alguna o cuando suscrito el contrato no hiciere lo mismo, eventos estos que no se dieron en el presente caso.

De tal suerte que el Decreto 3421 expedido el 7 de noviembre de 1986, publicado el 10 de noviembre del mismo año y que en el parágrafo del artículo 1o. modificó el artículo 99 del Decreto 2388 de 1979, que consagra el “público conocimiento” como eximente para reconocer la calidad de denunciante posterior a la presentación de la denuncia y a la expedición de los actos acusados, no es aplicable al caso controvertido.

SECCION PRIMERA

Y tan cierto es ello que, según obra a folios 208 y 209 del cuaderno No.1., con posterioridad a la denuncia del actor, en periódicos de amplia circulación de la ciudad se divulgó el hallazgo de US\$ 133.900 dólares, lo cual sirvió de fundamento a la denuncia presentada por un ciudadano tres días después, sin que ello fuera óbice para que el ICBF dos días después de la Resolución 2732 de 1.985 aquí acusada, expidiera la Resolución 2792 de 30 de octubre de 1985 reconociendo a éste como denunciante sin aducir el “público conocimiento”.

De igual manera se dejó constatado en la diligencia de inspección judicial realizada en las dependencias de la entidad demandada (folios 138 a 143) en la que se recepcionó el testimonio de un funcionario de la Sección de Bienes de la misma, que dicha entidad solicitaba prueba sumaria de las incautaciones hechas y generalmente los apoderados, aportaban recortes de prensa donde estaba la información periódica de estas y que con anterioridad a la denuncia del actor jamás se abstuvo el Instituto de reconocer la calidad de denunciante por ser la denuncia de público conocimiento.

Por las anteriores razones es procedente acceder al decreto de nulidad de los actos acusados, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia.

Solicita el actor el restablecimiento del derecho- como petición principal- en los siguientes términos:

“Que como consecuencia de lo anterior, se reconozca a Mario Raúl Cañaveral Hernández, la calidad de denunciante del paquete contentivo de U.S.\$1.674.300 dólares americanos decomisados en la finca AIRAPUA, Municipio de Puerto Gaitán (Meta), según denuncia #296 de 30 de abril de 1985, y se ordene que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar celebre conmigo el contrato pertinente y pague la correspondiente participación” (folio 2 cuaderno No. 1).

Al sustentar el recurso de apelación expresa el recurrente que por haber desaparecido el mostrenco por negligencia de la entidad, cuando las cosas no pueden retrotraerse y cumplirse como normalmente debía haberse hecho, procede la reparación del daño, esto es, el pago de la suma que dejó de percibir el actor al no reconocérsele la calidad de denunciante, que en este caso es del 30% sobre el valor total del mostrenco. Esta petición coincide con la subsidiaria que formuló en su libelo.

Estima la Sala que la petición principal de restablecimiento del derecho es viable en el evento *sub lite*, no así la subsidiaria, por las siguientes razones:

1. Conforme al artículo 39 numeral 12 de la Ley 7 de 1979, el patrimonio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar está constituido por los bienes vacantes y mostrencos.

2. Dichos bienes por constituir, por disposición legal, el patrimonio de tal entidad pública son imprescriptibles, lo cual significa que en cualquier momento el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar puede, a través del proceso respectivo, pedir la declaración de mostrenco del bien objeto de este proceso a fin de que ingrese a dicho patrimonio.

Por ello, no comparte la Sala el argumento del recurrente en cuanto afirma que en este momento el mostrenco ha desaparecido y no habiéndose dado esta circunstancia tiene cabida la pretensión principal.

Además, preceptúa el artículo 109 del Decreto 2388 de 1979:

“Queda a juicio de la Junta Directiva del ICBF decidir cuando se debe proceder a la venta de los bienes a que se refieren las disposiciones anteriores, con el fin de que el Instituto perciba su parte en dinero efectivo y pague en la misma forma la participación del denunciante y los costos del proceso. La venta se hará conforme las normas legales sobre la materia”.

Del texto transcrito se infiere que sólo en la medida en que al patrimonio del ICBF ingrese el producto del mostrenco, o como en este caso, el mostrenco mismo, aquél está obligado al pago de la participación. Y ello tiene su razón de ser dado que el sólo reconocimiento de denunciante y la celebración del contrato respectivo para adelantar el correspondiente juicio donde se obtenga la declaración de vacante o mostrenco de un bien arroja una mera expectativa, por tratarse de un derecho litigioso. Por esto tampoco sería procedente la pretensión subsidiaria.

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:

REVOCASE la sentencia de 18 de junio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar se dispone:

SECCION PRIMERA

1o): DECLARASE la nulidad de las Resoluciones Nos. 2732 de 28 de Octubre de 1985 y 0146 de 23 de Enero de 1986, expedidas por la Dirección General Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

2o): A título de restablecimiento del derecho, ORDENASE al ICBF reconocer a MARIO RAUL CAÑAVERAL HERNANDEZ la calidad de denunciante y en consecuencia procederá a celebrar con él el respectivo contrato tendiente a obtener la declaración de mostrenco del paquete contentivo de U.S.\$1.674.300 dólares americanos decomisados en la finca AIRAPUA del Municipio de Puerto Gaitán (Meta), de que trata la denuncia No. 296 de 30 de Abril de 1985, fijando al efecto la correspondiente participación.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha dieciocho de junio de mil novecientos noventa y tres.

Miguel González Rodríguez, Presidente; Libardo Rodríguez Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Yesid Rojas Serrano (ausente).

**SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO LIBARDO
RODRIGUEZ RODRIGUEZ EN RELACION CON LA
PROVIDENCIA DE FECHA 20 DE AGOSTO DE 1993.**

Referencia: Expediente No. 2373. Actor: HECTOR ROMANO MARUN.

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Con el debido respeto por la posición mayoritaria, el suscrito Consejero se permite explicar las razones por las cuales votó negativamente la providencia mediante la cual se confirmó la suspensión provisional decretada en el auto admisorio de la demanda, así:

Si bien las atribuciones otorgadas al Gobierno Nacional por el artículo Transitorio 20 de la Carta Política eran excepcionales desde el punto de vista temporal (18 meses), de la finalidad que con ellas se pretendía alcanzar (poner a las entidades de la rama ejecutiva "en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece"), y del objeto (supresión, fusión o reestructuración de dichas entidades), tales atribuciones, por el mismo hecho de ser excepcionales, deben entenderse referidas exclusivamente a aquellas materias que la misma Constitución asigna de manera permanente al legislador ordinario, como en el caso del art. 50, Numeral 7, o coloca en manos del Presidente de la República, pero con sujeción a los mandatos de una ley especial prevista en la nueva Constitución y que aún no ha sido expedida, como en los casos del art. 189, numerales 15 y 16, pero en ningún momento a aspectos frente a los cuales la Constitución o la ley radican la competencia en las diferentes autoridades administrativas. Es decir, que dentro del término de los 18 meses establecido en el artículo Transitorio 20 de la Carta Política, el Gobierno Nacional sólo debía

dictar las normas que, para los efectos allí consagrados, requerían de una disposición asimilable por su contenido al de la ley, pues es claro que para regular otros aspectos que no requieren de la expedición de normas de tal jerarquía, no se hubiese requerido de la atribución de facultades excepcionales.

Concordante con lo anterior, considero que si bien la Constitución y la ley han asignado competencia para determinadas materias a las autoridades administrativas del país, el Gobierno Nacional, dentro del término de los mencionados dieciocho meses, válidamente podía, como "legislador extraordinario" que lo fue, establecer un plazo perentorio para que dichas autoridades expidiesen las normas que permitiesen dar vida y poner en marcha el proceso de reestructuración dispuesto por el artículo Transitorio 20 de la Carta Política, independientemente de que las mismas facultades las conserve con carácter permanente la respectiva autoridad para su ejercicio por fuera del proceso de reestructuración emanada del artículo Transitorio 20 de la Carta.

Como consecuencia de lo expuesto, el suscrito Consejero reconsidera y precisa la posición adoptada inicialmente, sin perjuicio de profundizar en el tema con ocasión del fallo de fondo, y considera que procedía la revocatoria de la medida de suspensión provisional decretada por cuanto los argumentos expresados no permiten realmente concluir que se presente una infracción de la norma superior, con el carácter de manifiesta que exige el art. 152 del C.C.A.

Con todo respeto,

Libardo Rodríguez Rodríguez

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente No. 1988. Actor: CAMILO MONROY ROMERO.

Con todo respeto me aparto de la decisión de la mayoría de la Sala, ya que considero que en el presente asunto ha debido confirmarse el proveído apelado, por las siguientes razones:

Postula el artículo 187 ordinal 10o. de la Constitución de 1886, que es atribución de las Asambleas, por medio de ordenanzas: “Autorizar al gobernador para ejercer, pro tempore, precisas funciones de las que corresponden a las asambleas...”(las subrayas son mías).

El aspecto central de la controversia en el caso *sub-examine* se contrae a dilucidar qué se entiende por “precisas funciones”. En orden a ello, lo primero que habría que acudir es al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el cual nos trae, entre otras acepciones, la siguiente de la palabra **precisa: fija, exacta, cierta, determinada.**

Con mucha identidad con el anterior significado la **Corte Suprema de Justicia** en el fallo de 26 de Septiembre de 1933, citado por el recurrente en su escrito sustentatorio de la alzada, dice:

“Extensos razonamientos hacen los demandantes para demostrar que el término precisas no tiene en el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución, la significación de indispensables, necesarias, urgentes, sino la de ser determinadas, específicas, fijas, detalladas las facultades. El contexto general de la disposición no deja duda alguna de ser esta última la verdadera acepción en que está empleado en el numeral 12 dicho vocablo, y en tal sentido ha sido siempre interpretado Por la Corte el referido texto constitucional.....”

SECCION PRIMERA

.....El desiderátum en la materia es el de que las facultades sean enumeradas Y pormenorizadas, hasta una verdadera individualización, como garantía de los derechos ciudadanos, y para evitar la arbitrariedad en que puede incurrir el Ejecutivo al hacer uso de autorizaciones vagas o que no estén suficientemente determinadas..." (las subrayas son mías).

En igual sentido el profesor Tulio Enrique Tascón, en el aparte citado en la decisión de la mayoría, razona así:

"... Que las facultades sean precisas, es decir que determinen la materia sobre que versan..." (las subrayas son mías).

Si de acuerdo con lo antes enunciado por "precisas funciones" se entienden las que son determinadas, especificadas o detalladas por la Asamblea, veamos si el artículo 31 de la Ordenanza No. 16 de 26 de Diciembre de 1990 acusado contiene tal determinación, fijación o especificación. Dicho artículo dispone, en lo pertinente: "...concédese facultades extraordinarias por el término de 12 meses al señor Gobernador del Atlántico con el objeto de reestructurar al subsector oficial del sector salud en el departamento conforme a las modalidades consagradas en la citada ley..." (las subrayas son mías).

Podrá predicarse que el vocablo "**reestructurar**", que significa modificar la estructura de una entidad, **determina, especifica o detalla las facultades?**.

La respuesta tiene que ser obviamente negativa. La imprecisión y vaguedad del término se hace más evidente si se tiene en cuenta que el ordinal 5o. del mismo artículo 187, cuando faculta a las Asambleas para determinar la estructura de la Administración Departamental, señala como atribuciones diferentes a ésta -de estructurar- las de fijar "las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo".

El análisis precedente hace notorio el choque frontal del artículo 31 de la Ordenanza con el artículo 187 ordinal 10o. de la Constitución de 1886 y justifica, a mi juicio, el decreto de suspensión provisional, como en efecto lo hizo el Tribunal a quo en el proveído que se revoca.

La violación expuesta se comunica al Decreto Ordenanzal No.000498 de 1991, también demandado, pues en éste, al ejercitar las imprecisas facultades, el Gobernador del Atlántico para reestructurar la Beneficencia y la Lotería del Atlántico se arrogó diferentes atribuciones de la Asamblea. Fue así como en su articulado señaló: la naturaleza jurídica y objeto social de la Beneficencia del Atlántico (artículos 1o y 2o); su patrimonio (artículo 3o); su dirección, composición

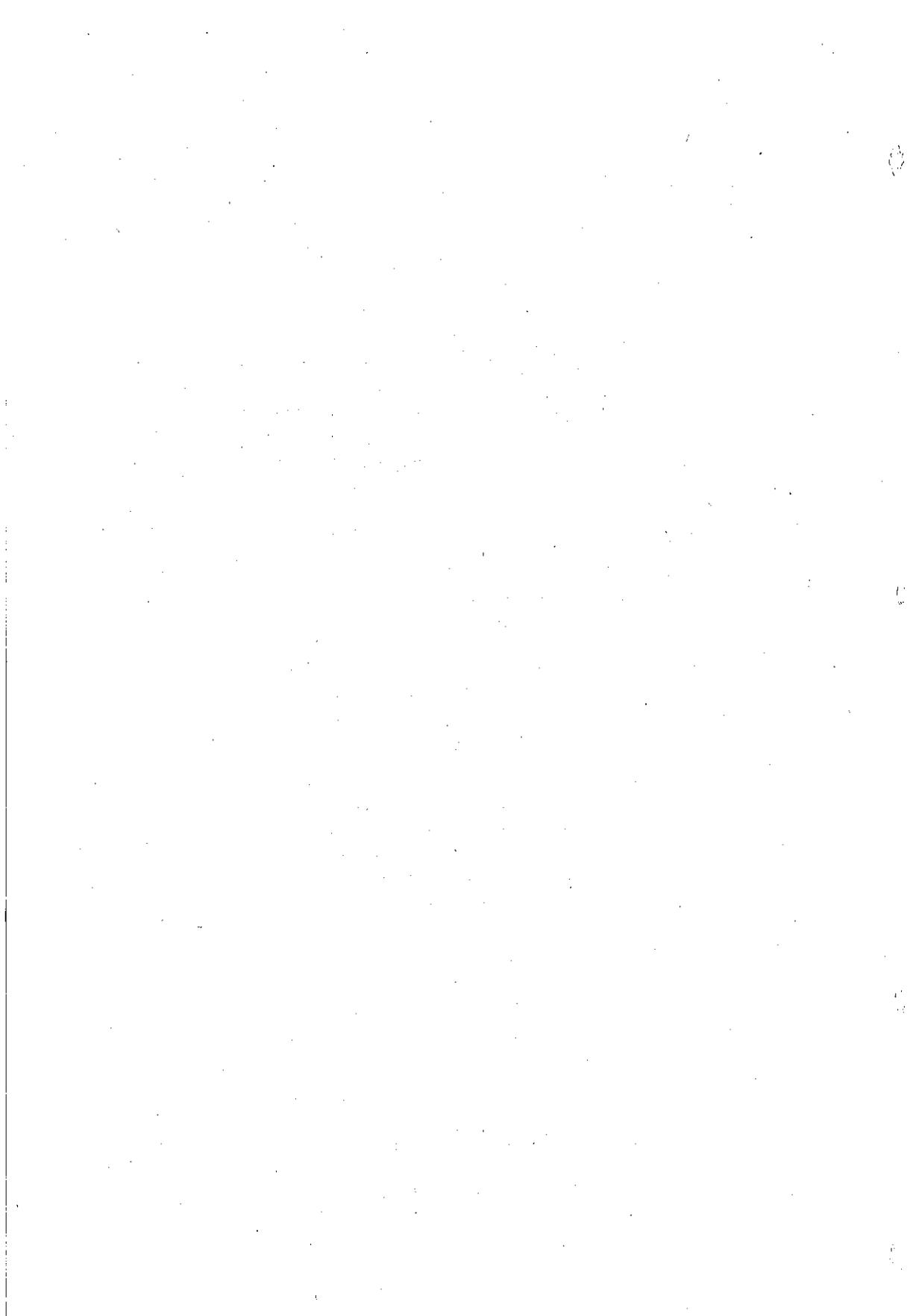
de su Junta Directiva y fecha de sesiones de ésta (artículos 4o a 8o.); funciones de la Junta Directiva y del Gerente (artículos 9o y 10o); normas sobre control administrativo, fiscal, de inspección y vigilancia (artículos 11 a 13); naturaleza del vínculo y régimen aplicable a sus servidores (artículos 14 a 16); fijación de la planta de personal (artículo 17); normas sobre afiliación de sus empleados para efectos del pago de cesantías y prestaciones sociales y sobre constitución de un Fondo de Cesantías y Pensiones (artículo 18); y facultades al Gobernador para llevar a cabo operaciones presupuestales (artículo 19).

Las funciones antes mencionadas ponen de presente que el Decreto Ordenanzal desbordó las facultades extraordinarias que ejercita, quebrantando así en forma ostensible el artículo 187 ordinal 10o de la Constitución de 1886, consideración que daba mérito también para suspenderlo provisionalmente.

En conclusión, no se justifica, a mi juicio, recorrer todas las etapas del procedimiento ordinario contencioso administrativo para advertir la violación alegada por el actor, pues ésta aparece notoria *ab initio* del proceso.

Fecha ut supra.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Consejero



SECCION

SEGUNDA



**SENTENCIA JUDICIAL / RECURSO DE APELACION -
Improcedencia.**

El inciso 1o. del artículo 31 de la Constitución Política consagra un principio general y la posibilidad de que la ley establezca excepciones, lo que significa que no puede interpretarse como el derecho absoluto e incondicional a las dos instancias, sino que deberán considerarse las reglas que en cada una de las ramas del derecho operan para señalar los casos en los cuales un proceso es de única o de dos instancias, de acuerdo con la cuantía y con otros factores determinantes de la competencia. Por lo tanto, mientras estas normas que rigen la competencia. y que no riñen con el principio constitucional citado, estén vigentes y no sean modificadas, seguirían teniendo plena aplicación.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO - Convocatoria / ACTO DE
TRAMITE / JURISDICCION ORDINARIA / COMPETENCIA
FUNCIONAL**

El acto de convocatoria del Tribunal, a pesar de ser un acto de la Administración, por ser parte del procedimiento previsto por la ley para dar solución a los conflictos surgidos entre los trabajadores y el patrono, que debe culminar con la expedición de un fallo o laudo arbitral cuyo conocimiento por expresa disposición del artículo 2o. del Código Procesal de Trabajo es de competencia de la jurisdicción ordinaria del trabajo, es en esencia un simple acto de trámite, cuya legalidad deberá ser examinada por el Juez competente para conocer del Laudo Arbitral. Y tanto es acto de trámite, que mediante él se da inicio a la etapa final del diferendo integrando el órgano que va a concluirlo con un fallo con fuerza vinculante. El hecho de que contra él procedieran recursos

SECCION SEGUNDA

gubernativos, no implica que sea un acto definitivo, toda vez que por disposición del artículo 49 del Código Contencioso Administrativo, también proceden los recursos administrativos contra actos de mero trámite en los casos en que la ley disponga.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Sala de Decisión.

Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas*. Actora: COLOMBIAN SEWING MACHINE COMPANY S.A.

Referencia: Expediente No. 6128. Recurso de Súplica.

Decide la Sala el recurso de súplica interpuesto por el apoderado de la parte actora contra el auto de 4 de agosto de 1992 por el cual el Consejero conductor del proceso declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda y rechazó esta por falta de jurisdicción.

Solicita el suplicante, además de que se revoque la providencia recurrida, disponer que el Contencioso Administrativo sí tiene Jurisdicción para juzgar el acto administrativo mediante el cual el Ministerio de Trabajo constituyó un Tribunal de Arbitramento Obligatorio dentro de la negociación colectiva que cursa entre COLOMBIAN SEWING MACHINE COMPANY S.A. y SINTRACOMERCIO, no como parte de un todo, sino con un ente independiente y a la vez vinculante, con la regularidad del proceso de negociación, sin que tenga que esperarse a ser ventilada la legalidad de la convocatoria del Tribunal en un recurso de homologación, es decir, ante otra jurisdicción: la ordinaria (Art. 82 C. C. A. subrogado D.E. 2304/89 Art. 12)". (Folios 278-279).

Al respecto, cita una sentencia proferida por el Consejo de Estado que declaró la nulidad de las resoluciones por las que se había negado la ilegalidad de un cese de actividades de los trabajadores de la empresa Coopers de Colombia S.A., cuando aquellas formaban parte del supuesto de toda la negociación de un pliego de peticiones, para en su lugar, declarar, como efecto declaró, su nulidad y la ilegalidad del movimiento huelguístico..... (folio 279).

Considera más sano que el Contencioso Administrativo "continúe con la jurisdicción, como lo ordena la ley, sobre los actos administrativos emanados de Resoluciones sobre convocatoria a Tribunales de Arbitramento a que se desplace la vigilancia de la legalidad de los mismos a la Jurisdicción ordinaria a través del

recurso de homologación”, ya que el Ministerio de Trabajo tendría la orientación jurisprudencial para revisar la Legalidad del proceso de negociación colectiva que conduce a la convocatoria de tales Tribunales.

Estima, además, que el control de legalidad de los actos administrativos corresponde a la misma Administración o a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y que interpretar, como se hizo en la sentencia del 27 de mayo de 1992, que la convocatoria es un acto de trámite “cuando es un acto potestativo definitivo y único (convocar o negarse a convocar), puede ser la fuente del error de interpretación de la sentencia, por el cual defiere su legalidad a la jurisdicción ordinaria”. (Folio 281).

Y agrega:

“Tan NO es un acto de trámite administrativo, que la Resolución del Ministerio que convoca a Tribunal de Arbitramento, en la parte final, de conformidad con el artículo 47 del C.C.A., informa qué recursos proceden y cuándo queda agotada la vía gubernativa”.

“Los actos de trámite o preparatorios o preliminares, no tienen recursos (Art. 49, C.C.A)” (Folio 281).

De lo cual concluye que si la Resolución tiene recursos para agotar la vía gubernativa y abrir el camino de revisión de legalidad en el Contencioso Administrativo, es porque tiene el carácter de acto administrativo definitivo y no de simple trámite (folio 281).

CONSIDERACIONES:

Solicita la demanda la nulidad de las Resoluciones 179 de 24 de enero de 1991 y 2303 de 22 de mayo del mismo año (Fls. 14 y 18), la primera de las cuales ordenó “la constitución de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio de los previstos en el artículo 3o. de la ley.48 de 1968, para que estudie y decida el diferendo laboral colectivo existente entre la Empresa COLOMBIAN SEWING MACHINE COMPANY S.A. y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL COMERCIO “SINTRACOMERCIO”.

La Resolución 2303 resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior. confirmándola en todas sus partes.

Observa la Sala que el acto de convocatoria del Tribunal, a pesar de ser una acto de la Administración, por ser parte del procedimiento previsto por la

SECCION SEGUNDA

ley para dar solución a los conflictos surgidos entre los trabajadores y el patrono, que debe culminar con la expedición de un fallo o laudo arbitral cuyo conocimiento por expresa disposición del artículo 2o del Código Procesal del Trabajo es de competencia de la Jurisdicción ordinaria del trabajo, es en esencia un simple acto de trámite, cuya legalidad deberá ser examinada por el Juez competente para conocer del Laudo Arbitral.

Y tanto es acto de trámite, que mediante él se da inicio a la etapa final del diferendo integrando el órgano que va a concluirlo con un fallo con fuerza vinculante.

El hecho de que contra él procedieran recursos gubernativos, no implica que sea un acto definitivo, toda vez que por disposición del artículo 49 del Código Contencioso Administrativo, también proceden los recursos administrativos contra actos de mero trámite en los casos en que la ley lo disponga.

La sentencia de 5 de abril de 1991 que el suplicante trae acotación, fue proferida dentro de un proceso en el que se debatieron actos mediante los cuales se negó la petición de declaratoria de ilegalidad de un paro o cese colectivo de trabajo, caso en el cual no proseguía ninguna otra actuación y, en consecuencia, era procedente su impugnación ante la jurisdicción contenciosa.

Es cierto, sin embargo, que con anterioridad la Sala en otros procesos había conocido de litigios sobre convocatoria de Tribunal de Arbitramento. Pero, según la jurisprudencia actual de la Sala no es posible escindir el control jurisdiccional, permitiendo que algunos de los actos que conforman el procedimiento sean conocidos por la jurisdicción contenciosa y el final y definitivo por la ordinaria, pues ello pugna con el principio de la economía procesal y podría dar lugar a que se presentaran fallos contradictorios.

La legalidad del acto de convocatoria es algo que tiene que decidir el Juez de la homologación, como lo expresó la jurisprudencia citada en el acto recurrido (Folio 275), al decir: "la función jurisdiccional se proyecta sobre la naturaleza misma del conflicto, el trámite que se le haya dado, la integración del Tribunal de Arbitramento....." es decir, sobre todo el conflicto colectivo, incluida las distintas etapas del diferendo.

Por las razones anteriormente anotadas la Sala habrá de confirmar el auto suplicado.

Por lo expuesto la Sala de Decisión RESUELVE:

EXP.-6128

CONFIRMASE el auto de agosto 4 de mil novecientos noventa y dos (1992).- proferido dentro del presente proceso.

Ejecutoriado este auto, vuelva el expediente al Despacho de origen.

Cópiese y notifíquese

Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, (con salvamento de voto) Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**ESCALAFON DOCENTE - Ascenso / ESCALAFON DOCENTE -
Experiencia / ESCALAFON DOCENTE - Inscripción.**

El Decreto 259 de 1981, reglamenta parcialmente el decreto extraordinario No. 2277 de 1979 en lo relacionado con la inscripción y ascenso en el escalafón docente, y en cuanto se refiere a la experiencia que se debe tener en cuenta para quien acaba de ser inscrito en el escalafón, señala que es aquella que se adquiere a partir de la fecha en que el educador comienza a laborar. Como para escalafonarse en el grado 6o., sólo se requería el título universitario y el actor lo poseía desde 1972, pues ya desde cuando ingresó al servicio, hubiera podido estar en el mencionado grado, pudiéndose afirmar que ha cumplido más de 3 años en dicho nivel de escalafón.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 3551. Resoluciones Ministeriales. Actor: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL ALBERTO DEL CASTILLO QUESSEP.

La Nación MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, solicita se declare la nulidad parcial de las Resoluciones de la Junta Seccional de Escalafón del Departamento del Atlántico números 1094 de 19 de junio de 1986 y 2724 de 20 de noviembre del mismo año en cuanto se ordenó respecto del docente ALBERTO DEL CASTILLO QUESSEP tener como fecha para su ascenso, el día 22 de junio de 1982.

Como hechos en que fundamenta su solicitud expresa que la Resolución No. 1094 de 1.986 ordenó de manera irregular concederle 3 años anteriores a la inscripción y en virtud de esa fecha, con posterioridad se tuvo que ascender al siguiente grado mediante la Resolución No. 2724.

En el concepto de violación, la Nación complementó este hecho al señalar que al educador con título docente o profesional universitario diferente al de Licenciado en Ciencias de la Educación, solamente le asiste el derecho a la inscripción en el escalafón y “su tiempo de servicio para el ascenso se empieza a contabilizar a partir del momento en que el educador acredite todos los documentos requeridos para tal fin”.

Aunque al docente ALBERTO DEL CASTILLO Q. le fue notificada la demanda no confirió representación judicial.

En el término del traslado para alegar de conclusión, la Nación no presentó alegato de conclusión.

La **Fiscal Quinta** del Consejo de Estado, solicita se denieguen las súplicas de la demanda por cuanto las resoluciones se expidieron conforme a derecho y por lo tanto fue adecuadamente inscrito el docente en el Grado 6o. del escalafón así como la fecha que le fue señalada para su ascenso en el escalafón. Señala la Fiscalía que dicho educador tenía derecho a ser inscrito en tal grado porque comprobó ser profesional universitario y el día 22 de junio de 1982 corresponde a aquélla en que ingresó a laborar, que es la que el parágrafo único del artículo 2o. del Decreto 259 de 1979 señala como punto de partida para el ascenso luego de la inscripción.

Dijo la Fiscalía lo siguiente:

“En cuanto a la fecha que se ha de tener en cuenta para el siguiente ascenso, 22 de junio de 1.982, resulta pertinente anotar que la parte final del parágrafo del artículo 2o. del Decreto 259 de 1.981, atrás aludido, enseña que “El tiempo de servicio para el ascenso se contará a partir de la fecha en que el educador comience a laborar”. Esta norma no hace distinción alguna en torno a que dicha fecha tiene que ser posterior a la solicitud de inscripción, como lo pretende el libelista.” (se subraya)

Para resolver se considera:

1) En la demanda no se plantea ninguna discrepancia en cuanto al Grado 6o. en el cual fue escalafonado el educador ALBERTO DEL CASTILLO Q.

SECCION SEGUNDA

y por lo tanto el examen se circunscribirá a la fecha que le fue tenida en cuenta para el ascenso en el escalafón y que la Resolución No. 1094 de 1986 señaló a partir del día 22 de junio de 1982.

Por consiguiente, como lo advierte la Fiscalía la inscripción en el escalafón en el Grado Sexto se efectuó conforme a derecho.

2) El Decreto 259 de 1981 invocado por la parte actora, reglamenta parcialmente el Decreto Extraordinario No. 2277 de 1979 en lo relacionado con la inscripción y ascenso en el escalafón docente, y en cuanto se refiere a la experiencia que se debe tener en cuenta para quien acaba de ser inscrito en el escalafón, señala que es aquella que se adquiere a partir de la fecha en que el educador comienza a laborar. Textualmente dice el parágrafo único del artículo 2o. de este decreto:

“PARAGRAFO. Las solicitudes de inscripción al Escalafón Nacional Docente, serán resueltas por las Juntas dentro de los sesenta (60) días siguientes al recibo de la respectiva documentación, siempre y cuando llene todos los requisitos exigidos en este artículo. La inscripción al Escalafón Nacional Docente, surte efectos fiscales para los educadores que se encuentren vinculados a la docencia, a partir de la fecha de la resolución que la ordena, y en todo caso, a partir del vencimiento del plazo de los sesenta (60) días, al recibo de la documentación completa en los términos del artículo 21 del Decreto 2277 de 1979. El tiempo de servicio para el ascenso se contará a partir de la fecha en que el educador comience a laborar.” (se subraya)

3) Por consiguiente, deberá establecerse la fecha en que el educador empezó a laborar en la docencia, para efectos de concluir si la fecha de 22 de junio de 1982 es la que corresponde a la que la norma se refiere.

4) El Director del “Centro Auxiliar de Servicios Docentes C.A.S.D. de Sabanalarga - Atlántico, sobre el tiempo de servicio del señor ALBERTO CASTILLO QUESSEP, certificó lo siguiente:

“EL SUSCRITO DIRECTOR DEL CENTRO AUXILIAR DE SERVICIOS DOCENTES CASD “AMBROSIO PLAZA” DE SABANALARGA (ATLANTICO) HACE CONSTAR: que ALBERTO DEL CASTILLO QUESSEP, identificado con la cédula de ciudadanía No. 9.068.222 de Cartagena, desempeña en este Centro el cargo de Instructor A en el Area de Artes. Nombrado por Resolución No. 6311 del 28 de abril de 1982. Posesionado y encargado el 10 de junio de 1982.

TIEMPO DE SERVICIO: CUATRO (4) AÑOS, UN (1) MES Y TRECE (13) DIAS.

Esta constancia es **válida para Escalafón.**

Se expide la presente a petición del interesado a los catorce días de julio de mil novecientos ochenta y seis.

FIRMADO:

ANGEL MASTRODOMENICO GALVIS

Director." (se subraya)

5) Como el educador ALBERTO DEL CASTILLO Q., demostró poseer su título universitario a partir del 7 de diciembre de 1972, se concluye que la experiencia docente obtenida con posterioridad a su grado, a partir del primero de junio de 1982, es válida y por lo tanto podía tenérsela en cuenta para efectos de su ascenso en el escalafón. El certificado de registro del título expresa lo siguiente:

"SECRETARIA DE EDUCACION

CERTIFICADO DEL REGISTRO DEL TITULO

Nombre ALBERTO DEL CASTILLO QUESSEP 9.068.222 Cgena

Ha registrado el título de MAESTRO EN ARTES PLASTICAS,
ESCUELA DE PINTURA ARTES PLASTICAS BELLAS ARTES.
BARRANQUILLA DICIEMBRE 7 DE 1.972

FOLIO No.	LIBRO	AÑO	REGISTRO No.
99	32	III-21-1.975	1794

NOTA: El título implica años de Estudios Nivel
4 Superior

Observaciones: PARA EL CENTRO AUXILIAR DE SERVICIOS
DOCENTES

DIA	MES	AÑO
21	1	1982

SECCION SEGUNDA

FIRMADO:

MARIA B. DE GONZALEZ RUBIO

Firma del Jefe de la Oficina m.e.d" (se subraya)

6) Por consiguiente, de la lectura del párrafo único del artículo 2o. del Decreto 259 de 1979, del certificado de experiencia docente y de la fecha de obtención del grado universitario del docente ALBERTO DEL CASTILLO QUESSEP, se concluye como lo advirtió la Fiscalía que tanto su inscripción en el escalafón, como la fecha de ascenso no son contrarias a la ley, y por lo tanto no pueden estar llamadas a prosperar las súplicas de la demanda, si de otra parte no se comprobó en el expediente irregularidad alguna en la información y documentos suministrados por el referido educador y el propio Ministerio de Educación Nacional.

Finalmente observa la Sala, que reexaminó la posición que tomó con motivo del expediente No. 2827, fallo de 30 de octubre de 1992, pues encontró que el requisito exigido por el artículo 10 del Estatuto Docente para ascender al grado 7o., fue cumplido en este caso, por cuanto se habla acreditado el título universitario correspondiente.

En efecto, como para escalafonarse en el grado 6o., solo se requería el título universitario y el actor lo poseía desde 1972, pues ya desde cuando ingresó al servicio, hubiera podido estar en el mencionado grado, pudiéndose afirmar que ha cumplido más de 3 años en dicho nivel del escalafón.

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: DENIEGANSE LAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA ENCAMINADAS A OBTENER LA NULIDAD PARCIAL DE LAS RESOLUCIONES 1094 Y 2724 DE 1.986, POR MEDIO DE LAS CUALES SE INSCRIBIO Y ASCENDIO EN EL ESCALAFON DOCENTE AL EDUCADOR ALBERTO DEL CASTILLO QUESSEP.

EXP. -3551

SEGUNDO: En firme la presente providencia, archívese el expediente.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y tres 1993

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO OBLIGATORIO / ACTO DE
OBLIGATORIO /ACTO DE CONVOCATORIA/JURISDICCION
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA / COMPETENCIA
FUNCIONAL (Salvamento de voto)**

La convocación del tribunal por el ministerio no es un mero formulismo, sino una facultad, atribución o potestad de este. Y es elemental suponer que para adoptar esa determinación debe estudiar los antecedentes y pasos que conducen a esa nueva etapa del conflicto colectivo, por manera que el acto que produce no es de simple trámite, sino que es un acto administrativo con las características del que se conoce como definitivo, porque le pone fin a la actuación administrativa (la que corresponde al ministerio) y resuelve directamente sobre un aspecto concreto de aquél como es el de la procedencia del arbitramento obligatoria. En ese orden de ideas, como acto administrativo definitivo, goza de la presunción de legalidad propia de esta clase de providencias. Y es de una claridad meridiana que la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), al revisar la regularidad del laudo arbitral no puede romper ni quebrantar esa presunción de legalidad que ampara el acto administrativo convocación del tribunal de arbitramento obligatorio. En efecto, una cosa es que el laudo, en sí mismo, no sea contrario a la Constitución, la ley o las normas convencionales; y otra muy distinta, que el acto de convocación del tribunal de arbitramento, por vicios preexistentes, pueda ser ilegal y por tanto, nulo. Por estas mismas razones, es incuestionable que la providencia suplicada yerra cuando afirma que la ley no le ha atribuido la competencia para examinar la legalidad de esta clase de actos a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues en verdad se trata de todo lo contrario, es decir, que conforme a lo dispuesto en los artículos 82 y 83 del C.C.A., es ésta y no la

jurisdicción la competente para juzgar la legalidad de los actos, administrativos en comento, De suyo resultaría insólita una decisión de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), rompiendo o desvirtuando la presunción de legalidad de esos actos. Lo que ocurre, como ya se es que anotó, es que en tratándose del arbitramento obligatorio, lo que hacen los árbitros y lo que juzga la Corte, es lo que habrían podido acordar o convenir directamente las partes; en cambio, el acto de convocación es un típico acto administrativo, exclusivo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuyo censor de legalidad no puede ser otro que esta jurisdicción; no la ordinaria.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Radicación No. 6128. Resoluciones Ministeriales. Actor: COLOMBIAN SEWING MACHINE CO.

Con un gran respeto por la tesis acogida por la mayoría de la Sala para decidir el recurso de súplica interpuesto por la parte actora contra el auto del Consejero conductor del proceso que declaró la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción, me permito consignar las razones de mi disenso, que corresponden básicamente a las que estaban contenidas en la ponencia que fue negada, a saber:

La providencia objeto del recurso de súplica (folios 272 a 277), se sustenta en los siguientes argumentos básicos:

1. El Consejo de Estado ha dicho en varias oportunidades que si bien las resoluciones mediante las cuales el Ministro de Trabajo y Seguridad Social convoca un tribunal de arbitramento obligatorio son actos administrativos, en verdad forman parte de "toda una actuación que se origina con la denuncia de la convención colectiva de trabajo y culmina con la sentencia que dicta la Corte Suprema de Justicia, al desatar el recurso extraordinario de homologación, es decir que el juzgamiento de estos actos, corresponde a la Jurisdicción ordinaria."

2. En sentencia del 27 de mayo de 1992, dictada en el proceso No. 1759, Actor: Radio Tropical Ltda., en la que se impugnaban actos de igual

SECCION SEGUNDA

naturaleza se acogió el criterio jurisprudencial “tanto de la Corte Suprema de Justicia, como del Consejo de Estado, sobre la materia.”

3. La competencia para la solución de los conflictos laborales, tanto en el sector privado como los que surgen respecto de los trabajadores oficiales de las entidades oficiales, está asignado por la ley a la justicia ordinaria, según lo reglado por los artículos 3o. y 4o. del C.S. del T. y 2o. y 143 del C.P.L.

4. La parte actora dirige su ataque contra las resoluciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que ordenaron la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, “acto de trámite, en el conflicto colectivo de intereses entre particulares, y sobre cuyo laudo o fallo arbitral, en definitiva, le correspondía dirimirlo a la Justicia ordinaria laboral, mediante el ejercicio del recurso extraordinario de homologación, consagrado en el artículo 143 del C.P.L.”

5. No obstante que las resoluciones ministeriales acusadas son actos administrativos, “éstos por hacer parte de un todo, sujeto a un juez diferente al contencioso administrativo, carece de Jurisdicción para examinar su legalidad, por cuanto la ley no le ha atribuido esta competencia.”

6. Los reparos que el actor formula frente a esos actos “tales como el trámite en la declaratoria de huelga, de integración al tribunal y de actuación conjunta de los integrantes del tribunal deben ser dirimidos por la Justicia ordinaria, en desarrollo del recurso extraordinario, para que si es del caso, homologue el laudo arbitral o lo anule.”

7. La Corte Suprema de Justicia dijo en fallos del 20 de noviembre de 1970 y 19 de Julio de 1.982 que “En el recurso de homologación la competencia de la Corte no está circunscrita a la calificación del texto del laudo, sino que la función Jurisdiccional **se proyecta** sobre la **naturaleza** misma del conflicto, **el trámite** que se le haya dado, **la integración** del tribunal de arbitramento, el término legal que existe para proferir el laudo, las prórrogas que ese plazo pueda tener, la actuación conjunta de los integrantes del tribunal, el ejercicio mismo de las funciones arbitrales, las suspensiones, los **procedimientos** utilizados para la actuación general y para los **incidentes procesales** que se hayan presentado, la definición de fondo que se haya proferido, sus notificaciones y la concesión inclusive del recurso.” (Sala Plena, homologación de julio 19/82). (Se destaca en negrilla lo que en el auto está subrayado).

8. Así mismo, se recuerda, en la providencia suplicada, que la propia Corte dijo en su proveído del 20 de noviembre de 1.970, que esa Corporación “no se limita a comparar las disposiciones de la sentencia con los derechos reconocidos a las partes por la constitución, la ley o la convención colectiva

vigente, para homologarla si no las afectaren, o para declararla inexecutable en caso contrario. Su función es más amplia. **Examina la regularidad del laudo**, y al proceder en esta forma, no puede eludir, porque va implícito en ello, el estudio de la naturaleza del conflicto, si se han cumplido las etapas de arreglo directo o de conciliación, **si el tribunal ha sido integrado conforme a la ley**, si ha funcionado tal como ésta lo ordena y si ha proferido sentencia dentro del término respectivo y sobre la materia debatida. **El control jurisdiccional que otorga la ley a la Corte es, pues, completo.**” (Se destaca en negrilla lo que en el texto del auto suplicado está subrayado).

9. Cuando la ley le fija jurisdicción a un juez ordinario para dirimir un conflicto, “la existencia de un acto administrativo dentro del proceso previo, no hace perder la jurisdicción ya establecida.” (Folio 275).

10. Agrega el auto cuestionado que esto mismo ocurre “cuando para acudir al Juez laboral, el trabajador oficial debe agotar la vía gubernativa, sin que ello quiera decir que el juez laboral resolverá la situación del despido, y el juez de lo contencioso administrativo, la legalidad de la resolución mediante la cual se agotó la vía gubernativa.”

11. En sentencia del 12 de marzo de 1991, expediente No. 1648, se hizo por parte de la Sala un pronunciamiento similar.

Pues bien, debidamente puntualizados los aspectos centrales de la fundamentación del auto suplicado, en mi opinión debió la Sala reexaminarlos bajo una nueva perspectiva.

En efecto, un primer aspecto esencial es el de determinar si en verdad el juzgamiento de los actos de convocación de un tribunal de arbitramento obligatorio, en cuanto “forman parte de toda una actuación que se origina con la denuncia de la convención colectiva de trabajo y culmina con la sentencia que dicta la Corte Suprema de Justicia, al desatar el recurso extraordinario de homologación”, le corresponde a la Jurisdicción ordinaria.

Esto es, sí estamos ante un acto legítimo de “prórroga de competencia”, o sea, el fenómeno que se produce cuando a un Juez que inicialmente no tenía esa atribución se le extiende por mandato legal.

Los artículos 82 y 83 del C.C.A., disponen lo siguiente:

“Artículo 82.- Objeto de la Jurisdicción en lo contencioso-administrativo.- La Jurisdicción de lo contencioso-administrativo está

SECCION SEGUNDA

instituida por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas. Se ejerce por el Consejo de Estado y los tribunales administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.”

“Esta jurisdicción podrá Juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno.”

“La Jurisdicción de lo contencioso-administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la ley.” (Decreto ley 2304 de 1989, art. 12).

“Artículo 83.- Extensión del control.- La Jurisdicción de lo contencioso-administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este estatuto.” (Decreto ley 2304 de 1989, art. 13).

Resulta necesario, también, recordar que el artículo 50 del C.C.A. consagra en su inciso final, que:

“Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla.” (Se destaca en negrilla lo pertinente).

Ahora bien, el artículo 2o. del C.S.del T. establece, que las relaciones de Derecho Colectivo de Trabajo de los empleados oficiales, y entre ellos los trabajadores oficiales, se rigen por ese estatuto.

Por su parte, el artículo 143 del C.P.L., en el cual se apoya el auto suplicado, reza:

“HOMOLOGACIÓN DE LAUDOS DE TRIBUNALES ESPECIALES.- El laudo que profiera un tribunal especial de arbitramento, cuando el arbitraje fuere de carácter obligatorio, será remitido con todos sus antecedentes al Tribunal Supremo del Trabajo (hoy Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema), para su homologación, a solicitud de una de las partes o de ambas, presentada dentro de los tres días siguientes al de su notificación. El tribunal, dentro del término de cinco días, **verificará la regularidad del laudo y lo declarará exequible, confiriéndole fuerza**

de sentencia, sí el Tribunal de Arbitramento no hubiere extralimitado el objeto para el cual se le convocó, o lo anulará en caso contrario.” (Se destaca en negrillas).

“Si el tribunal hallare que no se decidieron algunas de las cuestiones indicadas en el decreto de convocatoria, devolverá el expediente a los árbitros, con el fin de que se pronuncien sobre ellas, señalándoles plazo al afecto, sin perjuicio de que ordene, si lo estima conveniente, la homologación de lo ya decidido.”

Es menester observar, entonces, que la tarea que en estos casos le asigna el legislador a la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), es la de **“VERIFICAR LA REGULARIDAD DEL LAUDO”**. Otra cosa es que le asigne la competencia para estudiar la legalidad, inclusive, de la convocación del tribunal de arbitramento, lo cual no surge, *-prima facie*, al menos-, del texto anterior.

A su vez, el artículo 452 del C.S. del T., subrogado por el 34 del decreto ley 2351 de 1965, sobre “Procedencia del Arbitramento”, señala:

“1. Serán sometidos a arbitramento obligatorio:

a) Los conflictos colectivos del trabajo que se presenten en los servicios públicos y que no hubieren podido resolverse mediante arreglo directo o por conciliación, y

b) Los conflictos colectivos del trabajo en que los trabajadores optaren por el arbitramento, conforme a lo establecido en el artículo 31 de este decreto.

2. Los conflictos colectivos en otras empresas podrán ser sometidos a arbitramento voluntario por acuerdo de las partes.”.

Del mismo modo, el artículo 3o. de la Ley 48 de 1968, numeral 2, dispone:

“En cualquier momento, antes de la declaración de huelga o durante su desarrollo, el sindicato o sindicatos a que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores, o en defecto de estos, los trabajadores en asamblea general, podrá solicitar que las diferencias precisas respecto de las cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación, contenidas en el pliego de peticiones de los trabajadores como proyecto de convención colectiva o de pacto colectivo de trabajo, **sean sometidas al fallo de un tribunal de arbitramento obligatorio constituido en la forma que se determina más adelante.**

SECCION SEGUNDA

El ministro del Trabajo, de oficio o a solicitud del sindicato o sindicatos, o en defecto de estos, de los trabajadores, en asamblea general someterá a votación de la totalidad de los trabajadores de la empresa si desea no sujetar las mencionadas diferencias a fallo arbitral, y si la mayoría absoluta de ellos optará por lo primero, no se suspenderá el trabajo o se reanudará dentro del término máximo de tres (3) días hábiles si se hallará suspendido, y se convocará dentro de los dos, (2) días hábiles siguientes el tribunal de arbitramento obligatorio llamado a proferir dicho fallo.” (se destaca en negrillas).

Como es sabido, el numeral 3 del mismo estatuto dispone cómo se compone o integra el tribunal.

De lo anterior se desprende que la convocación del tribunal por el ministerio no es un mero formulismo, sino una facultad, atribución o potestad de éste. Y es elemental suponer que para adoptar esa determinación debe estudiar los antecedentes y pasos que conducen a esa nueva etapa del conflicto colectivo, por manera que el acto que produce no es de simple trámite, sino que es un acto administrativo con las características del que se conoce como definitivo, porque le pone fin a la actuación administrativa (la que corresponde al ministerio) y resuelve directamente sobre un aspecto concreto de aquél, como es el de la procedencia del arbitramento obligatorio.

En ese orden de ideas, como acto administrativo definitivo, goza de la presunción de legalidad propia de esta clase de providencias. Y es de una claridad meridiana que la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), al revisar la regularidad del laudo arbitral no puede romper ni quebrantar esa presunción de legalidad que ampara al acto administrativo de Convocación del tribunal de arbitramento obligatorio.

En efecto, una cosa es que el laudo, en sí mismo, no sea contrario a la Constitución, la ley o las normas convencionales; y otra muy distinta, que el acto de convocación del tribunal de arbitramento obligatorio, por vicios preexistentes, pueda ser ilegal y por tanto, nulo.

Porque no debe olvidarse que cuando la ley le asigna esa atribución al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social lo que hay de por medio es una razón política, de Estado, en cuanto a éste le conciernen el manejo de la paz laboral y de la economía nacional, profundamente comprometida con el desenvolvimiento de la negociación colectiva, pues que de allí se desprenden o al menos se ajustan las directrices gubernamentales en materia de empleo y otros frentes.

Por estas mismas razones, es incuestionable que la providencia suplicada yerra cuando afirma que la ley no le ha atribuido la competencia para examinar la legalidad de esta clase de actos a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues en verdad se trata de todo lo contrario, es decir, que conforme a lo dispuesto en los artículos 82 y 83 del C.C.A., es ésta y no la Jurisdicción ordinaria, la competente para juzgar la legalidad de los actos administrativos en comento. De suyo, resultaría insólita una decisión de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), rompiendo o desvirtuando la presunción de legalidad de esos actos.

Lo que ocurre, como ya se anotó, es que en tratándose, del arbitramento obligatorio, lo que hacen los árbitros y lo que juzga la Corte, es lo que habrían podido acordar o convenir directamente las partes; en cambio, el acto de convocación es un típico acto administrativo, exclusivo del Ministro del Trabajo y Seguridad Social, cuyo censor de legalidad no puede ser otro que esta jurisdicción; no la ordinaria.

No sobra destacar que en el auto recurrido se hace hincapié en que la propia Corte ha sostenido que ella es la que examina **“la regularidad del laudo”** y **“si el tribunal ha sido integrado conforme a la ley”**; mas no examina, -ni puede hacerlo-, la legalidad del acto de convocatoria del tribunal.

Por eso mismo, cuando la providencia en cuestión se refiere al tema del agotamiento de la vía gubernativa, para sostener como argumento en favor de su tesis que el hecho de que el trabajador oficial tenga que agotarla previamente al ejercicio de su acción ante la Jurisdicción ordinaria no implica que el Juez de lo contencioso administrativo tenga que resolver la legalidad de la resolución mediante la cual se agotó aquélla, en realidad la situación es distinta y no tiene ninguna analogía con la planteada en el caso en estudio, porque de lo que se trata en este supuesto es de que la entidad oficial obra, para resolver el pedimento del trabajador oficial, en su calidad de empleador o patrono; mientras que en el evento que dio lugar a este proceso, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no tiene la calidad de empleador o patrono de los trabajadores involucrados en el conflicto mencionado, sino que obra como entidad pública, a la que la Ley 48 de 1968 le dio la atribución, potestad o competencia para convocar tribunales de arbitramento obligatorio.

SECCION SEGUNDA

Por consiguiente, con fundamento en estos razonamientos, considero que la Sala de Decisión debió revocar el auto suplicado, y en su lugar, disponer la continuación del proceso.

Con todo acatamiento

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

**JUEZ DE CIRCUITO - Estabilidad / NOMBRAMIENTO EN
INTERINIDAD / PERIODO JUDICIAL - Vencimiento**

Si bien es cierto, que el art. 1 del decreto 1950 de 1981 asegura a los funcionarios de la rama judicial (magistrados y jueces), ésta estaba sujeta a la reglamentación que sobre el particular estableciera el estatuto de la carrera judicial. Tanto el art. 48 del decreto 1660 de 1978, como los arts. 49, 50 y 51 del mismo decreto que establecen que los empleados que permanezcan en interinidad en el cargo por más de noventa días, tendrán derecho a seguir en él por el resto del período, solo son aplicables a los empleados (personal subalterno), de la rama judicial.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4653. Apelación Sentencia. Actor: HONORIO TATIS HERNANDEZ.

Corresponde a la Sala entrar a dictar sentencia en este proceso, llegado en virtud de apelación interpuesta por la parte actora contra el fallo de dos de octubre de 1989 que dictara el Tribunal Administrativo de Bolívar, por la que denegó las pretensiones de la demanda.

SECCION SEGUNDA

I.- DEL PETITUM

Solicitó la parte actora que mediante sentencia definitiva se hagan las siguientes declaraciones:

PRIMERO.- Que se decrete la nulidad del acuerdo número 381 de 3 de mayo de 1982 y del acuerdo 386 de 19 de mayo de 1982, proferidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en la parte que separó tácitamente al actor como Juez Penal del Circuito de Mompós, y designó y confirmó en tal posición al doctor Claudio Fernández Díaz.

SEGUNDO.- Que como consecuencia de la anterior declaración, se decrete el reintegro del actor al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría o sueldo.

TERCERO.- Que se condene a la Nación a pagar al demandante los salarios dejados de pagar desde el 1o. de junio de 1982 hasta cuando se le reintegre en el mismo cargo o a otro de igual o superior categoría, así como las prestaciones sociales e indemnizaciones a que hubiere lugar y que se declare que no ha existido solución de continuidad en el cargo, sobre todo en lo referente a las prestaciones sociales.

II.- PRESUPUESTOS FACTICOS Y LEGALES

Como hechos de la demanda, normas violadas y concepto de la violación, el demandante expuso los siguientes:

“Primero): La Sala de acuerdo al H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena, designó al suscrito para Juez Penal del Circuito de Mompós (Bolívar), en propiedad, para el período Constitucional que se inició el día primero (1o) de Septiembre de 1979, mediante Acuerdos números 182 de Julio 26 y 196 de 13 de Septiembre de ese mismo año.

“Segundo): Sin embargo, el suscrito inició el período Constitucional como Juez Penal del circuito de Mompós (Bol.), en propiedad: se posesionó el 10 de septiembre de 1979, interino y el día 30 de octubre de ese mismo año, en propiedad.- Obviamente el período Constitucional que se inició el 1o. de Septiembre de 1979 vencía el 1o. de Septiembre de 1981; pero el suscrito siguió en el mismo cargo desde la fecha arriba expresada y sobrepasó el período constitucional en ocho (8) meses y faltando escasos dieciséis (16) meses para expirar un nuevo o segundo período, en virtud de la prórroga -el día 31 de Mayo de 1982, fué reemplazado del cargo por

el doctor Claudio Fernández Díaz a virtud del Acuerdo No. 381 de 3 de Mayo y 386 de 19 de Mayo de 1982 del H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena (Bol.), cuya nulidad impetro.-

“Tercero): La circunstancia de no haber hecho el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena (Bolívar), elección para Jueces en ese Departamento en su oportunidad y para los períodos Constitucionales a iniciarse el 1o. de Septiembre de 1981, sino el día 3 de Mayo de 1982, implicó y dió operancia a la prórroga de esos períodos, pues ya el suscrito, tenía ocho (8) meses de sobrepasar un período de dos años como Juez Penal del Circuito de Mompós (Bol.) y a esto se agrega que la interinidad no puede sobrepasar los noventa (90) días o sea tres (3) meses, pues *“ipso facto”* implicó prórroga de un período constitucional más.-

“Cuarto): Al suscrito no se le podía remover del cargo como Juez Penal del Circuito de Mompós (Bol.), sin motivo alguno, salvo un juicio disciplinario previo y menos cuando se prorroga el período constitucional para los jueces que se había iniciado el 1o. de Septiembre de 1981.

Considera el actor como normas violadas los artículos 20 de la Constitución Política; 5o. de la Ley 21 de 1958; Decreto 900 de 1970; 2o. de la Ley 15 de 1972; 48 del Decreto 1660 de 1978 y Ley 4a. de 1969 y expone como concepto de la violación lo siguiente:

“Los Funcionarios Públicos como Jueces de la República, no se pueden remover de sus cargos (art. 160 C. Nal.); sino en los casos y previas formalidades que determinan la misma ley, pues están sometidos a sanciones disciplinarias y el Decreto No. 1660 de 1978, garantiza la estabilidad para los Jueces y sobre todo cuando, en el caso del suscrito se había operado explícitamente la prórroga del período Constitucional.”

III.- DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Los fundamentos de la sentencia, en lo pertinente, los expuso el Tribunal así:

“Aparece acreditado en el expediente que por Acuerdo Ordinario No. 182 de fecha 26 de julio de 1979 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, fué elegido como Juez Penal del Circuito de Mompós el doctor Honorio Manuel Tatis Hernández, para el período que se iniciaba el 1o. de septiembre de dicho año (folio 7); que por Acuerdo Ordinario

SECCION SEGUNDA

No. 196 de Septiembre 13 de 1979 del mismo Tribunal fué confirmado dicho nombramiento (folio 8), y que tomó posesión del cargo los días 10 de septiembre y 30 de octubre de 1979, según copias de las actas correspondientes (folios 9 y 10). Igualmente consta en Autos que por Acuerdo Extraordinario No. 381 de mayo 3 de 1982 del mencionado Tribunal fué elegido Juez Penal del Circuito de Mompós el doctor Claudio Fernández Díaz, “para el período que se inició el primero (1o.) de Septiembre de 1981” (folio 4); que por Acuerdo Ordinario No. 386 de mayo 19 de 1982 fué confirmada la citada elección (folio 5), y que el elegido se posesionó el 31 de mayo del mismo año (folio 6).

Este Tribunal ha dicho en múltiples fallos relacionados con empleados subalternos en casos similares que el período de los jueces que comenzó el 1o. de septiembre de 1979, y que debía terminar el 31 de agosto de 1981, sentado que conforme a la ley durante el período de los jueces gozan de relativa estabilidad los empleados subalternos, fué prorrogado por el Decreto 1950 de 1981, mientras se implantaba la carrera judicial a que se refería la reforma constitucional de 1979, y venció el 4 de noviembre de este último año con la ejecutoria de la sentencia de la Corte de fecha 3 de dicho mes que declaró la inexecutable del Acto Legislativo No. 1 de 1979 con fundamento en el cual había sido dictado dicho Decreto, pues al desaparecer de la vida jurídica el Acto Legislativo corrió la misma suerte el Decreto. También venció el 4 de noviembre de 1981 el período de los Magistrados de los Tribunales que normalmente debía concluir el 31 de julio del mencionado año y que fué prorrogado por el mencionado Decreto. De manera que desde entonces hasta el citado 4 de noviembre de 1981 no hubo una interinidad especial sino una prórroga de períodos, y a partir de esta fecha la Corte, los Tribunales y jueces retomaron la función legal que antes les había sido señalada para efectuar los nombramientos por el resto del período que había empezado con anterioridad.”

Después de transcribir la sentencia del Consejo de Estado de 15 de abril de 1983, (Anales del Consejo de Estado, primer semestre de 1983), el *a-quo* continúa:

“Pero retomada a partir del 4 de noviembre de 1981 la función por parte de la Corte, de los Tribunales y de los jueces de hacer los nombramientos para el período correspondiente, conforme se había señalado por las respectivas normas con anterioridad a la reforma constitucional, los Magistrados de los Tribunales tenían que esperar ser elegidos por la Corte para elegir a los jueces, y éstos a su vez ser elegidos por los Tribunales para poder nombrar los empleados subalternos. Así que no pueden aplicarse simplemente las normas legales conforme a las cuales los funcionarios y

empleados de la Rama Jurisdiccional adquieren estabilidad en el cargo pasados noventa días en interinidad sin tener en cuentas (sic) las circunstancias en que ello tenga lugar. No pueden tener aplicación dichas normas a partir del 4 de noviembre de 1981 por no haber tenido lugar antes de 1982 los nombramientos de Magistrados para el nuevo período. En este caso, no podían contarse los noventa días antes de que los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena fueran elegidos y tomaran posesión de sus cargos, pues sin que ello ocurriera no era posible que hicieran elección en propiedad de jueces para el período que se había iniciado. Cosa diferente sería que iniciado el nuevo período y tomada posesión la entidad nominadora no hiciera el nombramiento en propiedad y el funcionario permaneciera en interinidad más de noventa días, o se hubiera hecho el nombramiento en interinidad y se dejara transcurrir más de dicho término sin proveer el cargo en propiedad.

Si los Tribunales disponían el término de noventa días para la elección de jueces en propiedad, en Bolívar se cumplió con esta función dentro del mencionado término, pues elegidos los Magistrados en 1982, y posesionados de sus cargos, efectuaron la elección de jueces para el nuevo período en curso, y no aduce en la demanda, ni se encuentra demostrado en el proceso, que hubiera transcurrido un tiempo mayor del citado cuando se produjo la elección del doctor Claudio Fernández Díaz por Acuerdo 386 de 19 de mayo del mismo año, en reemplazo del demandante. De manera que éste no logró constituir una situación de estabilidad en el cargo para el nuevo período para el cual no había sido elegido.

En tales condiciones, los actos acusados no son violatorios de las normas superiores de derecho señaladas en la demanda, y por tanto no podrá accederse a declarar su nulidad y ordenar el restablecimiento del actor en su derecho.”

IV.- DEL CONCEPTO FISCAL

Al descorrer el traslado fiscal de rigor la Fiscal Quinta del Consejo de Estado estima que la sentencia recurrida debe confirmarse por ajustarse en términos generales a la “preceptiva que gobierna la materia y a los múltiples lineamientos trazados por el H. Consejo de Estado en eventos análogos.” En efecto, basado en el Acto Legislativo No. 1 de 1979, el gobierno nacional, con el fin de asegurar el establecimiento de la Carrera Judicial profirió, el 23 de julio de 1981, el Decreto 1950, en el que se aplazó la designación que por vencimiento de período debía hacerse para entrar a proveer los cargos de magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, de Aduanas y Administrativos, de

SECCION SEGUNDA

jueces elegidos por los magistrados de los Tribunales de Distrito Judicial y de Aduanas y, fiscales, y en el que se dispuso, además, que quienes venían desempeñando dichos cargos permanecieran en los mismos hasta la fecha prevista en el aludido Estatuto de Carrera.

Ocurre, empero, que la vigencia de este decreto llegó solamente hasta el 4 de noviembre de 1981, fecha en la cual quedó ejecutoriada la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que declaró inexecutable el acto legislativo No. 1979, soporte de aquél, conllevando, *per se*, la pérdida de vigencia de la prórroga del período a que se ha hecho referencia, con lo que la Corte, los tribunales y los jueces recobraron la facultad nominadora que tenían, sin perjuicio de que ya hubieran corrido algunos meses del período comprendido entre 1981 a 1985.

Por otro lado, se precisa, que como quienes venían desempeñando los cargos en virtud de lo ordenado en el decreto 1950 no habían recibido nombramiento en propiedad para el período atrás señalado, al volver las cosas a su estado inicial, no tenían ningún derecho legítimo de permanencia en sus empleos derivados de la ley 12 de 1945 o del decreto 1660 de 1978, por cuanto aquél sólo había llegado hasta el 4 de noviembre de 1981, se reitera, fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que declaró inexecutable el Acto Legislativo No. 1 de 1979.

Como lo dice el libelista (hecho segundo), el período constitucional para el que fué nombrado el actor venció el primero (lo) de septiembre de 1981; así las cosas y no habiendo recibido nombramiento en propiedad para el período 1981- 1985, bien podía ser removido de su cargo, como en efecto lo fué el día 31 de mayo de 1982, por no gozar de un derecho que le otorgara relativa estabilidad en el mismo.

No encontrándose causal que incida en la correcta tramitación de lo actuado,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Impetra el demandante la nulidad de los acuerdos números 381 y 386 de 3 y 19 de mayo de 1982, proferidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en cuanto designó y confirmó, en su reemplazo, al doctor Claudio Fernández Díaz como Juez Penal del Circuito de Mompós, para terminar el período legal comprendido entre el lo. de septiembre de 1981 a 31 de agosto de 1983, arguyendo, para ello, que por haber sido nombrado en propiedad para el período anterior (1979-1981), y haber permanecido en el cargo por más de ocho meses en interinidad en el período siguiente (1981-1983), había adquirido,

por tanto, el derecho a ser nombrado en propiedad para el período que ya estaba corriendo y en el cual, como ya se dijo, llevaba laborando más de ocho meses, cuando se produjo su desvinculación.

No es cierto lo afirmado por el actor en el sentido de que el período legal 1979-1981 haya sido prorrogado "*ipso facto*" para un período más, quedando así los magistrados y jueces amparados por una relativa estabilidad hasta la terminación del período siguiente (1981-1983). Pues, sí bien es cierto, que el artículo lo. del decreto 1950 de 1981 aseguraban a los funcionarios de la rama judicial (magistrados y jueces) la permanencia en el cargo que venían desempeñando, ésta estaba sujeta a la reglamentación que sobre el particular estableciera el Estatuto de la Carrera Judicial.

Es más, tanto el artículo 48 del decreto 1660 de 1978, invocado por el actor, como los arts. 49, 50 y 51 del mismo decreto que establecen que los empleados que permanezcan en interinidad en el cargo por más de noventa días, tendrán derecho a seguir en él por el resto del período, sólo son aplicables a los empleados (personal subalterno), de la Rama Judicial. No pueden, por tanto aplicárselas al demandante.

Por las anteriores razones, estima la Sala que el actor no adquirió el eventual derecho que ahora pretende hacer valer, confirmando, por consiguiente, la sentencia impugnada.

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 dos (2) de octubre de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.-

La anterior providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 25 de marzo de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, (ausente); Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, (ausente); Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

**SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO/ESTABLECIMIENTO
PUBLICO DEPARTAMENTAL / ACTO PRESUNTO / RECURSO
DE REPOSICION / VIA GUBERNATIVA - Agotamiento**

Contra el acto presunto solo cabe el recurso de reposición puesto que la expide el representante legal de un establecimiento público departamental, que no tiene superior jerárquico. Y siendo que tal recurso es facultativo, no obligatorio debe entenderse debidamente agotada la vía gubernativa y abierta el camino a la jurisdicción.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá. D.C., dos (2) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).*

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 5112. Autoridades Departamentales.
Actora: MARÍA LIBIA ZAMBRANO MUÑOZ.

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia proferida el 18 de mayo de 1990, por el Tribunal Administrativo de Nariño.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y por intermedio de apoderado, la señora María Libia Zambrano Muñoz solicitó al Tribunal hacer las siguientes declaraciones:

“PRIMERA.- Es nulo el acto tácito, mediante el cual el Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño, niega por silencio

administrativo, el reconocimiento, liquidación y pago de la cesantía parcial, solicitada por la señora MARIA LIBIA ZAMBRANO MUÑOZ, a que tiene derecho por prestar sus servicios laborales en calidad de maestra, dependiente de la Secretaría de Educación Departamental y encontrarse debida y legalmente afiliada al ente administrativo demandado.

SEGUNDA.- En consecuencia de la declaración anterior ordenar y condenar a la entidad demandada a reconocer, liquidar y cancelar la Cesantía parcial en favor de la demandante, de conformidad con las disposiciones legales vigentes sobre la materia y los antecedentes administrativos.

TERCERA.- Que el cumplimiento de la sentencia que en forma favorable a las pretensiones de la demandante llegue a proferirse sea cumplida por la entidad administrativa demandada dentro de los términos legales previstos en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo”. (folio 2).

Argumentó la configuración del silencio administrativo acerca de la petición formulada al Fondo Prestacional de Nariño el 12 de octubre de 1989, expresando que, conforme a las normas citadas en la demanda, tiene derecho al reconocimiento y pago en forma parcial de su cesantía, prestación social a la que se ha hecho acreedora en virtud de la prestación de sus servicios como docente al Departamento de Nariño.

LA SENTENCIA

El Tribunal encontró que sí se presentó el silencio administrativo y accedió a las súplicas de la accionante. A manera de fundamentación del fallo, sostuvo que la demandante solicitó su cesantía parcial para construir su casa de habitación, circunstancia que plenamente se demostró en el proceso, y como no se le atendió “corresponde al Tribunal suplir tal silencio accediendo expresamente a las peticiones de la demanda”. (folio 24).

CONCEPTO FISCAL

La Doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado, en su vista reglamentaria, estima que debe revocarse la sentencia consultada y, en su lugar, proferir fallo inhibitorio dado que el silencio administrativo no se produjo con respecto a los recursos interpuestos, como lo exige el Artículo 135 del Código Contencioso Administrativo sino frente a la petición inicial, no agotándose en consecuencia, la vía gubernativa.

SECCION SEGUNDA

Se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

En diversos casos similares a éste, la Sala sostuvo durante algún tiempo que al no haberse agotado la vía gubernativa frente al silencio de la administración, era imperativo un pronunciamiento inhibitorio. Posteriormente, sin embargo y en presencia de nuevos elementos de juicio, se ha aceptado que contra el acto presunto solo cabe el recurso de reposición puesto que lo expide el representante legal de un establecimiento público del orden departamental, que no tiene superior jerárquico. Y siendo que tal recurso de reposición es facultativo, no obligatorio, debe entenderse debidamente agotada la vía gubernativa y abierto el camino a la jurisdicción.

De acuerdo con lo anterior, los planteamientos de la agencia fiscal carecen de fundamento y resultan desacertados, en virtud de que en el caso *sub-judice*, sí se interpuso el recurso de reposición contra el acto administrativo negativo presunto, según se desprende del documento obrante a folio 6.

En cuanto al fondo del asunto, la Sala encuentra que el día 12 de octubre de 1989 (folio 27 cuaderno # 2), la actora solicitó al Gerente del Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño la liquidación de su cesantía parcial por sus servicios como maestra del departamento, adjuntando la documentación pertinente para demostrar que con la suma de dinero que por tal concepto se liquidará cancelaría la construcción de su casa de habitación en un lote de propiedad de cónyuge, señor Diomar Jorán Gómez, quien autorizó la realización de las obras detalladas en el contrato de construcción, que para tal efecto, la señora Zambrano Muñoz suscribió con el señor Leonidas David Toro Toro.

Por lo anterior y de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, la Sala encuentra que le asiste razón a la demandante en la solicitud prestacional formulada a la administración, por lo cual, mantendrá la decisión del *a quo*.

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 de 18 de mayo de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, dentro del proceso promovido por María Lilia Zambrano Muñoz.

EXP. -5112

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 18 de Marzo de 1993.-

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Leçompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

INTRA / DIRECTOR - Facultades / PLANTA DE PERSONAL

No es cierto que el Director General del Instituto hubiere creado cargos y señalado funciones con extralimitación de sus facultades. Basta simplemente comparar los cargos, códigos, grados y denominación de los empleos relacionados en el Decreto 2238 de 1981, con los adoptados por la Resolución demandada, para concluir que ésta se ciñó en un todo a la norma superior que adoptó la planta de personal de la entidad, y que se limitó a efectuar los ascensos e incorporaciones, para lo cual el Director estaba facultado por el numeral 8o. del artículo 19 del Decreto 219 de 1978 que señaló entre sus funciones la de nombrar, remover y promover el personal del Instituto. La incorporación, según el artículo 81 del Decreto 1042 de 1978 se considera como nombramiento y remoción para los de carrera, luego la incorporación dispuesta por la resolución censurada no puede considerarse como producto de abuso de poder del Director que la expidió.

Consejo de Estado - Sala de Lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., dos (2) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 5126. Apelación Sentencia. Actor: RAUL ARCADIO VARELA FLOREZ.

Se decide el Recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de dos (2) de marzo de 1990 pronunciada por el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca en el proceso promovido por Raúl Arcadio Varela Flórez contra el Instituto Nacional de Transporte "INTRA".

ANTECEDENTES:

El accionante, mediante apoderado en ejercicio de la acción de plena jurisdicción prevista en el artículo 67 del antiguo Código Contencioso Administrativo, pidió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca lo siguiente:

"1o. Anule la Resolución 1130 de 15 de octubre de 1981, proferida por el señor Director del "INTRA".

"2o. Ordene el INSTITUTO NACIONAL DEL TRANSPORTE reintegrar al doctor Raúl Arcadio Varela Florez de las condiciones civiles anotadas. Al cargo que tenía o a otro igual o superior categoría."

"3o. Ordene al INSTITUTO NACIONAL DEL TRANSPORTE paga a favor de Raul Arcadio Varela Flórez los sueldos, prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes causados y dejados de percibir entre la fecha del retiro y la del reintegro, teniendo en cuenta los aumentos de asignaciones que hubiese tenido el cargo".

"4o. Para todos los efectos legales no habrá solución de continuidad entre la fecha del retiro y la del reintegro."(fl.3)

El Tribunal del conocimiento en el fallo recurrido denegó las pretensiones de la demanda, considerando que el actor por no estar escalafonado en carrera administrativa no tenía derecho preferencia a ser incorporado en cargo equivalente en la nueva planta de personal adoptada para la entidad por Decreto 2238 de 1981, y por tanto, habiendo quedado automáticamente del servicio al ser suprimido el cargo que desempeñaba, su reincorporación dependía de la facultad discrecional del nominador. Igualmente precisó que el acto acusado no creó cargo alguno, ni fijó remuneraciones, sólo hizo ascensos, reincorporaciones y nombramientos para proveer los cargos creados previamente por el Decreto 2238 de 1981, registrando las remuneraciones correspondientes a los grados fijados en éste. Concluyó el *a quo* expresando que no aparece demostrado que el acto acusado se hubiera proferido con desviación de poder: que el nominador invocó las facultades legales y reglamentarias para ascender, incorporar y nombrar los empleados en los cargos establecidos en la planta de personal; que la anotación de las causas del retiro de la hoja de vida y el inquirir al servicio civil sobre antecedentes de personas nombradas, no son elementos de la validez del acto sino formalidades independientes: que no se probó que por el acto enjuiciado se impusiera sanción disciplinaria a causa de imputación de faltas y

SECCION SEGUNDA

finalmente que la Resolución acusada el Director del INTRA no creó empleos a una nueva planta de personal, ni fijó remuneraciones que pudiera configurar abuso de poder. (fls. 113-121)

El apelante al sustentar el recurso interpuesto expresa que su inconformidad con el fallo radica en que el Tribunal se equivocó al decir que la resolución cuya nulidad se pide apenas contempla las remuneraciones, ascensos y nombramientos, pues basta leerla para percatarse que en ella el Director del Intra crea nuevos cargos y señala funciones sin tener facultad legal para hacerlo de acuerdo con el artículo 19 del Decreto 219 de 1978. Agrega que como la competencia es de derecho público, el Director del Intra incurrió en abuso de poder y por consiguiente, pide se acceda a las súplicas de la demanda. (fl. 130)

Por su parte la Fiscalía Cuarta de la Corporación pide se firme la sentencia apelada. Expresa que no se configuró la desviación de poder por motivos inexistentes, falsos, ocultos o inconfesables, pues el retiro del servicio del actor se debió a no haber sido incorporado a la planta de personal. La motivación del acto la constituye la adopción y adopción de la planta de personal.

Al actor no se le endilgó conducta que exigiera investigación, y por ello no se violó el derecho de defensa. La falta de anotación en la hoja de vida del motivo del retiro del servicio no incide en la existencia y validez del acto y tampoco se demostró el abuso del poder debido a que el Director de la entidad no creó la planta de personal. Dice finalmente que el acusado permanece incólume en su presunción de legalidad, por lo que debe denegarse las súplicas de la demanda como lo hizo el *a quo*. (fls. 135-138).

Agotado el trámite de ley y no observándose casual de nulidad procesal, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES :

La Resolución No. 1130 de octubre 15 de 1981 originaria del Director General del INTRA "por el (sic) cual se ascienden, incorporan funcionarios de la planta de personal del Instituto Nacional del Transporte". (fl. 15) como puede evidenciarse de su cotejo con el Decreto 2238 de 1981, se profirió para proveer los cargos de las nueva planta de personal adoptada para tal entidad por el Acuerdo No. 006 de marzo 4 de 1981 de su Junta Directiva, aprobado por el citado Decreto No 2238 de agosto 19 de 1981 del Gobierno Nacional. (fls. 31-53).

Así por el acto acusado se efectuó la incorporación de los empleados de los nuevos cargos como la orden del artículo 81 del Decreto 1042 de 1978.

No es cierto por tanto, que el Director General del Instituto hubiere creado cargos y señalado funciones con extralimitación de sus facultades. Basta simplemente comparar los cargos, códigos, grados y denominación de los empleos relacionados con el Decreto 2238 de 1981 (fls. 31-39) con los adoptados por la Resolución demandada (fls. 15-26), para concluir que ésta se cifió en un todo a la norma superior que adoptó la planta de personal de la entidad, y que se limitó a efectuar los ascensos e incorporaciones, para lo cual el Director estaba facultado por el numeral 8o. del artículo 19 del Decreto 219 de 1978 que señaló entre sus funciones la de nombrar, remover y promover el personal del Instituto, la incorporación según el artículo 81 del Decreto 1042 de 1978 se considera como nombramiento y remoción para los de carrera. Luego la incorporación dispuesta por la resolución censurada no puede considerarse como producto de abuso de poder del Director que la expidió.

Sobre las demás presuntas irregularidades imputadas al acto acusado en el libelo, la Sala comparte el análisis efectuado tanto por el a quo como por la Fiscalía, y como no fueron motivo de inconformidad en el recurso interpuesto, estima que no hay lugar para agregar otros razonamientos.

Lo expuesto es suficiente para determinar que procede la confirmación de la sentencia apelada como se hará.

El Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA :

CONFIRMASE la sentencia de dos (2) de marzo de mil novecientos noventa (1990) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso promovido por Raul Arcadio Forero Flórez contra el Instituto Nacional del Transporte "INTRA".

No se reconoce personería al doctor JAIME HUMBERTO RAMIREZ BONILLA por cuanto el abogado que sustituye doctor RICARDO ROJAS SANABRIA no aparece reconocido dentro del proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión el día veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y tres. (1993).-

SECCION SEGUNDA

Diego Younés Moreno, Clara Forero de Castro (ausente), Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

JUSTICIA PENAL MILITAR / PODER EJECUTIVO / RAMA JURISDICCIONAL

La Justicia penal militar no hace parte de la rama jurisdiccional, el art. 170 de la C.N. de 1886 instituyó un fuero especial para los militares en servicio activo, con el fin de que fueran sus propios tribunales los que juzgaran sus delitos, pero es la misma Carta de 1886 la que señala como está conformada la rama jurisdiccional y en ningún momento menciona a las Cortes Marciales o a los Tribunales Militares. La justicia penal militar por consiguiente es un organismo de la rama ejecutiva que por disposición constitucional ejerce funciones judiciales y como rama ejecutiva tiene sus propias disposiciones, es decir, que no le rigen las normas expedidas para la rama jurisdiccional, a menos que sea la misma ley la que las haga extensivas a ella.

DEMANDA - Requisitos / FUNDAMENTO DE DERECHO / JURISDICCION ROGADA / JUSTICIA PENAL MILITAR / RENUNCIA

No citó el accionante la norma que regula la aceptación de renuncia en la justicia penal militar, y no puede la jurisdicción por ser rogada, suplir su deficiencia, pues no le sería lícito declarar la nulidad de un acto por violación de normas no invocadas por el censor o por motivos diferentes a los señalados en la demanda.

RENUNCIA / COMISION

Por el hecho de haber sido motivada la renuncia no puede inferirse que no fue espontánea; por el contrario, la Sala observa que el

SECCION SEGUNDA

motivo aducido por el accionante la que indica es su voluntad de separarse del cargo para no tener que cumplir la comisión que se le había conferido, actitud que resulta apenas lógica si se tiene en cuenta que de continuar en el cargo no podía sustraerse al cumplimiento de la comisión, pues las razones de servicio público prevalecen sobre las conveniencias personales y si la administración requería los servicios del funcionario, en sitio distinto, éste no podía negarse a trasladarse a él.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 5145. Apelación Sentencia. Actor: JORGE EDUARDO RODRIGUEZ.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 1o. de junio de 1990 pronunciada por el Tribunal Administrativo del Quindío en el proceso promovido por Jorge Eduardo Rodríguez Domínguez contra la Nación -Ministerio de Defensa Nacional- en orden a obtener la nulidad del Decreto 2630 de 20 de diciembre de 1988 expedido por el Gobierno Nacional.

ANTECEDENTES

El accionante, en su propio nombre y en ejercicio de la acción denominada hoy de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, pidió al Tribunal del conocimiento, la nulidad del Decreto 2630 de 1988 por el cual se le aceptó la renuncia del cargo de Juez 33 de Instrucción Penal Militar, con sede en Armenia e igualmente impetró el consiguiente restablecimiento del derecho en la forma propuesta en la demanda. (fls. 1-2)

Consideró el accionante como infringidos con el acto acusado: el artículo 160 de la Constitución de 1886, los artículos 1o. y 2o. del Decreto 1265 de 1970; los artículos 121 y 123 del decreto reglamentario 1660 de 1978; artículos 8o. del Decreto 542 de 1977; artículo 2o. y siguientes del Decreto 809 de 1977, artículo 356 del Decreto 250 de 1958 o Código de Justicia Penal Militar, Decreto 2038 de 1958, artículos 9o. y 11 del Decreto 250 de 1970, además de los artículos 2, 20, 55 y 62 de la Constitución de 1886.

Alegó en síntesis que el acto enjuiciado se expidió en forma extemporánea, pues no se tuvo en cuenta el término perentorio previsto en el artículo 123 del Decreto 1660 para efecto de la aceptación de la renuncia y además, que ésta fue motivada y no espontánea. (fls. 6-13).

En el fallo recurrido, el *a quo* denegó las pretensiones de la demanda precisando que no se acreditó en debida forma que el accionante se le hubiera exigido la renuncia del cargo, ni la presión que dice el actor se ejerció sobre él para que renunciara. Con relación a que el Decreto demandado se expidió fuera del término previsto en el artículo 123 del Decreto 1660 de 1978 para hacer efectiva la renuncia, dijo que el caso controvertido no se rige por dicha norma sino por el artículo 27 del Decreto 2247 de 1984, disposición que no fue citada como infringida en la demanda, por lo cual no puede declararse su violación.

El apelante al sustentar el recurso interpuesto aseveró que el Decreto 2247 de 1984, por el cual se modifica el estatuto de personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, no se aplica a los Jueces de Instrucción Penal Militar, por pertenecer éstos a la rama jurisdiccional de poder público para quienes rigen disposiciones especiales como el Decreto 1660 de 1978 que trata de la administración de personal de la propia rama judicial, del ministerio público y de las direcciones de instrucción criminal. Insiste igualmente en que la circunstancia de que la renuncia presentada fuera motivada, impedía al nominador, aceptarla y que la decisión de retiro no fue espontánea, sino solicitada. (Fls. 100-116)

Por su parte la Fiscalía Cuarta de la Corporación conceptuó que la indebida presión ejercida sobre el actor para que presentara renuncia al cargo no aparece demostrada, puesto que ella obedeció a razones de carácter personal y familiar que impedían al demandante cumplir la comisión conferida, la que no podía estar condicionada a la conveniencia del funcionario. Con respecto a la expedición del acto fuera del término, previsto en el artículo 123 del Instrucción Penal Militar no se les aplica éste sino en materia prestacional y que en lo demás rige para ellos el Decreto 2247 de 1984, norma no citada en la demanda. Finalmente dice que no incide en la validez del acto el hecho de que la renuncia no fuera presentada al nominador, pues ninguna norma lo exige; que lo importante es que la autoridad nominadora competente fue la que lo expidió. (fls. 134-137)

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad procesal que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes:

SECCION SEGUNDA

CONSIDERACIONES:

Dos motivos especiales de inconformidad plantea el apelante al sustentar el recurso: que los Jueces de Instrucción Penal Militar hacen parte de la rama jurisdiccional del poder público y por ello, se les debe aplicar las mismas normas de personal que rigen para aquellos servidores, especialmente el Decreto Reglamentario 1660 de 1978 y no el Decreto Extraordinario 2247 de 1984; estatuto de personal civil del Ministerio de Defensa de la Policía Nacional como lo estimó el a quo y que la renuncia presentada por el accionante fue motivada y no fue espontánea.

Sobre el primer aspecto, para la Sala hay un hecho que es incuestionable: La justicia penal militar no hace parte integrante de la Rama Jurisdiccional. El artículo 170 de la Constitución Política de 1886 instituyó un fuero especial para los militares en servicio activo, con el fin de que fueran sus propios tribunales los que juzgaran sus delitos, pero es la misma Carta de 1886 la que en su capítulo XV señala cómo está conformada la rama jurisdiccional y en ningún momento menciona a las Cortes Marciales o a los Tribunales Militares.

La justicia penal militar por consiguiente es un organismo de la rama ejecutiva que por disposición constitucional ejerce funciones judiciales, y como rama ejecutiva tiene sus propias disposiciones, es decir, que no le rigen como pretende el accionante, las normas expedidas para la rama jurisdiccional, a menos que sea la misma ley la que las haga extensivas a ella.

Debe concluirse entonces, que el decreto 250 de 1970 que es el estatuto de la carrera judicial y del Ministerio Público, en cuyo articulado para nada se menciona a la justicia penal militar, no rige a ésta y tampoco su decreto reglamentario 1660 de 1978, cuyos artículos 121 y 123 cita el demandante como violados por el acto acusado. La cita de estas normas no es por tanto pertinente para los propósitos de la demanda, como lo expresó el *a quo* y en consecuencia no hay lugar a que el Juez establezca contrariedad alguna entre sus prescripciones y el acto examinado para declarar la nulidad impenetrada.

No citó el accionante la norma que regula la aceptación de renuncia en la justicia penal militar y no puede la Jurisdicción, por ser rogada, suplir su deficiencia, pues no le sería lícito declarar la nulidad de un acto por violación de normas no invocadas por el censor o por motivos diferentes a los señalados en la demanda.

Con relación al segundo motivo de inconformidad del recurrente, debe decir la Sala que por el hecho de haber sido motivada la renuncia no puede inferirse que no fue espontánea; por el contrario, la Sala observa que el motivo

aducido por el accionante lo que indica es su voluntad de separarse del cargo para no tener que cumplir la comisión que se le había conferido, actitud que resulta apenas lógica si se tiene en cuenta que de continuar en el cargo no podía sustraerse al cumplimiento de la comisión, pues las razones de servicio público prevalecen sobre las conveniencias personales y si la administración requería los servicios del funcionario, en sitio distinto, éste no podía negarse a trasladarse a él.

Afirma la demanda que la renuncia obedeció a presiones indebidas; sin embargo, con los elementos probatorios aportados no se probó ese vicio de la voluntad, ya que los testimonios de Octavio Cortés Villalba y Humberto Grisales que dan cuenta de tales presiones no pueden considerarse imparciales por encontrarse en similares circunstancias litigiosas (fls. 24 y 37 c. 3) y además porque sus versiones no coinciden con la de otros testigos, como acertadamente lo determinó el *a quo*, y es más, aun cuando se tomara como cierto su relato habría que concluir que todo se originó en la reiterada y no suficientemente justificada negativa del accionante a cumplir la comisión de servicio que se le había conferido y que la presión en definitiva se concretó a colocarlo en la alternativa de cumplirla o retirarse, lo cual no puede considerarse actuación indebida, si se tiene en cuenta que los funcionarios deben velar porque se cumplan las órdenes de servicio de la administración.

En tal virtud y no obstante los esfuerzos dialécticos del recurrente, no se desvirtuó la presunción de legalidad que ampara el acto demandado y por lo tanto, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de primero (1o.) de junio de mil novecientos noventa (1990) proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío en el proceso promovido por Jorge Eduardo Rodríguez contra la Nación -Ministerio de Defensa Nacional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

SECCION SEGUNDA

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del día veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro (ausente), Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz (ausente), Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**CARRERA JUDICIAL / ESCALAFON JUDICIAL / JUEZ DE
CIRCUITO - Estabilidad / DERECHO PREFERENCIAL /
NOMBRAMIENTO EN INTERINIDAD / NOMBRAMIENTO EN
PROPIEDAD / PERIODO JUDICIAL**

El art. 8o. de la ley 12 de 1945, fue tácitamente derogado por el Decreto Ley 250 de 1970 que reguló lo concerniente a la interinidad en los cargos de la rama jurisdiccional y estableció que aquellos funcionarios que reuniendo los requisitos para ocupar el cargo, se estuvieran desempeñando en tales condiciones, tendrían derecho a permanecer en él mientras duraran las causas de esa interinidad. Por lo demás el citado art. solo prescribe que la interinidad no puede exceder de 90 días, y que quien en tal calidad supere ese término ejerciendo el cargo, está obligado a pedir confirmación, pero no que el nominador ante dicho requerimiento, esté forzado a confirmarlo. Es obviamente, una disposición encaminada a que tanto el nominador como el empleado, definan la situación frente al cargo, pero no una norma que, confiera estabilidad en el desempeño del empleo. No existe el derecho preferencial por el hecho de haber participado en el concurso para su provisión, por cuanto esa circunstancia y el hecho de que únicamente su nombre figurara en la lista de elegibles, no imponía al nominador la obligación perentoria de nombrarlo en el empleo; pues ello solo le confería la prerrogativa de ser considerado como candidato oponible para su desempeño, toda vez que era imposible garantizarle su nombramiento, en virtud de que tal designación se debía efectuar mediante el voto de los integrantes del Tribunal respectivo, el cual es libre y secreto.

SECCION SEGUNDA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D. C., dos (2) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 5373. Autoridades Nacionales. Actor: ARMANDO ARANZALEZ ACUÑA.

Procedente del Tribunal Administrativo del Atlántico y en grado de consulta ha llegado el presente proceso instaurado por Armando Aranzalez Acuña contra la Nación - Ministerio de Justicia.

Pretende el demandante que se declare la nulidad del Acuerdo número 1558 proferido el 5 de agosto de 1988 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en cuanto eligió en su reemplazo al doctor Lorenzo Avila Peña como Juez Octavo Penal del Circuito de ese Distrito Judicial. Para el efecto razona diciendo que desempeñó ese empleo desde el 2 de septiembre de 1985 hasta el 1.º de septiembre de 1988, habiendo permanecido en él por más de 12 meses luego del vencimiento del período judicial comprendido entre el 1.º de Septiembre de 1985 y el 31 de agosto de 1987, lo que determina, en su concepto, que de conformidad con lo previsto en el artículo 80. de la Ley 12 de 1945 adquirió el derecho a ser nombrado en propiedad en dicho cargo para el período comprendido entre el 1.º de septiembre de 1987 y el 31 de agosto de 1989, por haber ejercido el empleo por más de 90 días, después de transcurrido el período judicial inmediatamente anterior.

Asimismo, alega el actor, que por haber concursado para el cargo de Juez Octavo Penal del Circuito de ese distrito judicial y obtenido un puntaje de 57 puntos en la escala de 1 a 100, se encontraba en la lista de concursantes elegibles aprobada por el respectivo Consejo Seccional de la Carrera Judicial para la provisión del cargo, por lo cual, debió ser designado en él, pues en el listado de elegibles no había otros aspirantes.

Finalmente aduce el demandante, que el nominador, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, no elaboró la lista de los resultados del concurso y pretendió subsanar esta omisión aprobando como tal, la lista de aspirantes al concurso con sus respectivas calificaciones que había efectuado el Consejo Seccional de la Carrera Judicial de ese distrito, olvidando que de conformidad con el artículo 27 del Decreto 052 de 1987, al nominador compete conformar la lista de los resultados entre quienes hubieren aprobado el concurso, resultados que deben notificarse por aviso para que los interesados inconformes presenten los recursos pertinentes.

El Tribunal, mediante sentencia del 30 de agosto de 1990, accedió a las súplicas del actor en los siguientes términos:

“Primero: Se declara la nulidad del Acuerdo No. 1588 de 5 de agosto de 1988 de la Sala Plena del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en cuanto no eligió al doctor **ARMANDO ARANZALEZ ACUÑA** como Juez Octavo Penal del Circuito de Barranquilla en propiedad para el resto del período legal comprendido entre el 1o. de septiembre de 1987 al 31 de agosto de 1989.

Como consecuencia de la declaración anterior y a manera de restablecimiento del derecho la Nación deberá reconocer y pagar a favor, del doctor **ARMANDO ARANZALEZ ACUÑA** los sueldos, primas, bonificaciones y demás prestaciones sociales y laborales causadas desde que fue separado del servicio hasta el 31 de agosto de 1989.

Se declara que no ha habido solución de continuidad en los servicios prestados por el doctor **ARMANDO ARANZALEZ ACUÑA** a la Nación - Rama Jurisdiccional, durante el tiempo anteriormente señalado.

La entidad obligada dará cumplimiento a este fallo dentro del termino previsto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Segundo: No se accede a las demás súplicas de la demanda.” (folio 175).

CONCEPTO FISCAL.

La doctora Fiscal novena del Consejo de Estado en la vista reglamentaria opina que el Tribunal Superior de Barranquilla al efectuar la elección del Doctor Lorenzo Avila Peña como Juez 8o. Penal del Circuito de esa ciudad, en reemplazo del actor, se ajustó a la preceptiva jurídica aplicable a la materia, especialmente a lo normado en el artículo 16 del Acuerdo número 4 de 1987 del Consejo Superior de la Administración de Justicia, puesto que el doctor Avila Peña concursó para el cargo de Juez 1o. de Instrucción Criminal Permanente del mismo distrito judicial, obteniendo una calificación de 62 puntos, mientras que el accionante que participó en el concurso para el cargo que venía ocupando, el cual es de la misma jerarquía que el de Juez de Instrucción Criminal Permanente, alcanzó solo 57 puntos.

De igual manera la Agencia Fiscal estima que tampoco puede accederse a las pretensiones del demandante por el hecho de haber permanecido más de 90 días en el ejercicio del cargo una vez fenecido el período para el cual había

SECCION SEGUNDA

sido elegido, y que, por tanto, la sentencia impugnada debe revocarse y, en su lugar, debe preferirse fallo denegatorio de las súplicas del libelista.

Cumplido el trámite del grado de consulta contemplado en el artículo 184 del C. C. A se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En cuanto hace al primer punto, esto es, a la supuesta obligatoriedad para el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, de nombrar en propiedad al demandante como Juez Octavo Penal del Circuito por haber adquirido ese derecho conforme al artículo 8o. de la Ley 12 de 1945, en virtud de haber permanecido en el cargo por más de noventa días, es preciso señalar que la norma citada, como lo ha sostenido insistentemente esta Corporación, fue tácitamente derogada por el Decreto Ley 250 de 1970 que reguló lo concerniente a la interinidad en los cargos de la rama jurisdiccional, y estableció que aquellos funcionarios que reuniendo los requisitos para ocupar el cargo, se estuvieran desempeñando en tales condiciones, tendrían derecho a permanecer en él mientras duraran las causas de esa interinidad.

Por lo demás, el citado artículo solo prescribe que la interinidad no puede exceder de noventa (90) días, y que, quien en tal calidad supere ese término ejerciendo el cargo, está obligado a pedir confirmación, pero no que el nominador ante dicho requerimiento, esté forzado a confirmarlo. Es obviamente, una disposición encaminada a que tanto el nominador como el empleado, definan la situación frente al cargo, pero no una norma que, confiera estabilidad en el desempeño del empleo.

Pues bien, con la expedición y vigencia del Decreto Ley 052 de 1987, los Tribunales Superiores se abstuvieron de nombrar a los jueces para el período 1987-1989 en las fechas señaladas por normas anteriores, con el objeto de atender lo dispuesto en las nuevas reglamentaciones sobre la materia, entre ellas la práctica de concursos y el cumplimiento de los demás requisitos, por lo cual las personas que venían desempeñándose como jueces en el período precedente, continuaron en sus cargos en interinidad; una vez cesaron las causas de esa interinidad se efectuaron las elecciones para el período judicial que ya estaba en curso (1987 - 1989), en la forma indicada en el aludido Decreto, lo cual validamente podía hacer el Tribunal Superior en relación con el Juez Octavo Penal del Circuito del distrito de Barranquilla, pues el demandante, quien hasta ese momento ocupaba ese cargo, no estaba amparado por norma legal alguna, que le confiriera el derecho a permanecer en el empleo.

En efecto, no existe el alegado derecho preferencial del actor para ser designado en el citado cargo para el período últimamente mencionado por haber participado en el concurso para su provisión. Por cuanto esa circunstancia y el hecho de que únicamente su nombre figurara en la lista de elegibles, no imponía al nominador la **obligación perentoria** de, nombrarlo en el empleo; pues ello sólo le confería la prerrogativa de ser considerado como candidato oponible para su desempeño, toda vez que era imposible garantizarle su nombramiento como Juez 8o. Penal del Circuito, en virtud de que tal designación se debía efectuar mediante el voto de los integrantes del Tribunal Superior respectivo, el cual es libre y secreto.

Por lo demás, cabe señalar que respecto del accionante se cumplió a cabalidad el procedimiento previsto en las normas reguladoras de la carrera judicial, ya que por ser candidato al cargo de Juez 8o. Penal del Circuito, su nombre fue sometido a consideración de la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla; lo que sucedió fue que no obtuvo el número de votos requerido para resultar elegido, como se desprende del siguiente aparte del acta de la sesión de dicha Corporación celebrada el 5 de agosto de 1988, en la cual se efectuó la elección de jueces de ese distrito:

“Para Juez Octavo Penal del Circuito fue postulado el doctor ARMANDO ARANZALEZ ACUÑA, efectuada la votación correspondiente obtuvo DOS (2) votos afirmativos, CINCO (5) votos negativos y TRES (3) votos en blanco, efectuada la segunda votación, obtuvo TRES (3) votos afirmativos, CINCO (5) votos negativos y DOS (2) votos en blanco, resultando en consecuencia no elegido”. (folio 44).

Por último, anota la Sala que en el *sub-lite* se observó lo preceptuado en el Artículo 27 del Decreto 052 de 1987, puesto que el Tribunal (el nominador), acogió como lista de resultados de los concursos realizados para la provisión de cargos de jueces para el período 1987 - 1989, la lista de elegibles que le remitió el Consejo Seccional de la Carrera Judicial del Distrito Judicial de Barranquilla, lo que válidamente podía efectuar pues no existe norma que lo prohíba; de suerte que no es dable afirmar que la elección del Juez 8o. Penal del Circuito se halle viciada por omitir el cumplimiento de dicho requisito, como lo sostiene el demandante.

Con base en las argumentaciones anteriores, concluye la Sala que el acto demandado contenido en el Acuerdo número 1558 de 5 de agosto de 1988 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla no quebrantó la normatividad invocada en el libelo y por ello no procede su infirmación, razón por la cual se revocará la sentencia consultada y en su lugar se denegarán las súplicas de la demanda.

SECCION SEGUNDA

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 30 de agosto de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico en el proceso promovido por ARMANDO ARANZALEZ ACUÑA contra la Nación Ministerio de Justicia y en su lugar, se deniegan las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 11 de marzo de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**NULIDAD PROCESAL / RECURSO DE APELACION -
Procedencia / FALTA DE JURISDICCION**

Si bien el auto que declara la nulidad de lo actuado en el proceso por falta de jurisdicción no está incluido expresamente entre aquellos que contempla el artículo 181 del C.C.A., como objeto del recurso de apelación, habría que observar que en cuanto hace tal clase de declaración contiene en forma implícita una decisión que pone fin al proceso, ya que imposibilita su continuación y por lo mismo, es apelable, según el numeral 3o. del artículo en mención. La sociedad de responsabilidad limitada constituida mediante escritura pública conformada por el Departamento de Antioquia y los Municipios de Turbo y Apartadó es de acuerdo con los objetivos y su naturaleza, previstos en los estatutos, una Empresa Industrial y Comercial del Estado del nivel regional. Respecto de esta forma de asociación el Decreto 1222 de 1986, actual código del Régimen Departamental prevé el artículo 259 que "las personas jurídicas en las cuales participan los departamentos y municipios o sus entidades descentralizadas, asociados entre ellos, o con particulares cuando para tal efecto estuvieren debidamente autorizados, se sujetaran a las normas contempladas en los Decretos Leyes 3130 de 1968. artículo 4o., y 130 de 1976, artículos 1 a 5". Y agrega el precepto: "Las autorizaciones deben ser dadas previamente y expresamente por las Asambleas, Concejos Municipales y por los actos que hayan creado las entidades que se asocian o constituyen compañías entre sí o con otras personas".

SECCION SEGUNDA

ASOCIACION DE MUNICIPIOS - Naturaleza Jurídica / EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - Regimen Aplicable / TRABAJADOR OFICIAL / JURISDICCION ORDINARIA / COMPETENCIA

El artículo 4o. del Decreto 3130 de 1968 establece que las Entidades descentralizadas indirectas serán clasificadas en el acto de su constitución dentro de las categorías que establece el Decreto 1050 del mismo año, y por su parte el artículo 4o. del Decreto 130 de 1976, señala que las sociedades que se creen por la participación exclusiva de las Entidades Públicas “con el fin de desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial, se someten a las normas previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado. Sus estatutos proveerán sobre las materias mencionadas en el inciso segundo del artículo anterior y, además podrán disponer que un órgano hará las veces de Asamblea de Accionistas o Junta de Socios y de Junta Directiva”.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES - Estructura / JUNTA DIRECTIVA / DIRECTOR / EMPLEADO PUBLICO - Inexistencia / TRABAJADOR OFICIAL / JURISDICCION ORDINARIA / COMPETENCIA

La reforma de 1968 consagró la descentralización administrativa por servicios y defirió a la ley de los respectivos estatutos, entre los que pueden mencionarse los Decretos 1050 y 3130 de ese año y el 130 de 1976, los que conforman el conjunto de normas que regulan las entidades descentralizadas y en las que, es principio general que en desarrollo de sus actividades se apliquen las reglas del derecho privado; y las de derecho público, en el caso de aquéllas que traten con el cumplimiento de funciones administrativas. Con respecto a su dirección y estructura, el artículo 16 del Decreto 3130 de 1968 preceptúa que la dirección y administración de tales empresas estará a cargo de una Junta o Concejo Directivo, de un Gerente, Director o Presidente, quienes aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos, conforme al artículo 18 *ejusdem*. El Decreto 3135 del mismo año, al prever la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado dispuso que las personas que prestan sus servicios, en el caso de las empresas industriales o comerciales del Estado, “son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán

qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñados por personas que tengan la calidad de empleados públicos”, norma aplicable al asunto en referencia. En los estatutos de la empresa, aunque se determina y precisa que la administración y dirección de la misma estará a cargo de la Junta General de Socios, la Junta Directiva y la Gerencia, conforme al artículo 10 del Capítulo IV, no se especifica ni concreta cuáles son los cargos que deban ser desempeñados por empleados públicos y mientras no se cumpla el requisito, los servidores vinculados a la empresa tendrán el carácter de Trabajadores Oficiales. Ciertamente, el criterio de clasificación viene del legislador, pero su aplicación práctica en cada uno de los casos, corresponde al organismo. No pude afirmarse entonces que la decisión de la Junta contenida en el Acta que se impugna, desvincula a un empleado público, como lo hace el libelista, para que tuvieran que aplicarse las disposiciones de derecho administrativo sobre la materia; y en este punto conviene señalar que si el actor fue nombrado en principio por Decreto del Gobernador, en los estatutos se previó tal aspecto con carácter provisional hasta el 31 de diciembre de 1987.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 7492. Apelación Interlocutorios. Actor: ALVARO EUGENIO TOBON CASTAÑO.

Decide La Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de] actor contra el proveído del 31 de julio de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante el cual declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso a partir del auto admisorio de la demanda, por falta de jurisdicción.

Sostiene el *a-quo* que como tal aspecto tiene fuerza invalidante sobre toda la actuación, resulta imperioso establecer la naturaleza jurídica de las decisiones “que versan sobre la provisión de los altos cargos directivos como el de miembro de la Junta Directiva, Gerente, Revisor Fiscal, etc.” (fl. 67).

Señala que la Entidad demandada, como se acredita en la *litis*, es una Sociedad de responsabilidad limitada entre Entidades Oficiales, el Departamento de Antioquia y los municipios de Turbo y Apartadó, cuyo objeto social es la

SECCION SEGUNDA

“planeación, construcción, operación y administración de un matadero regional para la prestación del servicio público de degüello y transporte de la carne en canal dentro de un marco sub-regional a nivel de los Municipios de Apartadó, Turbo, Chigorodó y Carepa” y que la Junta de Socios así como la Junta Directiva están constituidas por los representantes legales de las entidades socias o sus delegados en el primer caso y por el Gobernador del Departamento de Antioquia, el Jefe del Servicio Seccional de Salud, los Alcaldes de los Municipios de Turbo y Apartadó o, sus delegados y los dos personeros respectivos de los municipios, en el segundo.

Agrega que de acuerdo al artículo 259 del Código de Régimen Departamental, Decreto 1222 de 1986, se dispone la aplicación de los estatutos que regulan las entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado y que el artículo 61 del Decreto 1050 de 1968 define las Empresas Industriales o Comerciales del Estado como organismos creados por la ley “o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley”.

Señala luego los artículos 41 y 31 del Decreto 3130 de 1968 y el 40 del Decreto-Ley 130 de 1976, este último en cuanto dispone que las sociedades entre entidades públicas con el fin de desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial se someten a las reglas de las empresas industriales o comerciales del Estado, para concluir con el acto de nombramiento o remoción del Gerente “no implica el ejercicio de funciones administrativas, no es un acto administrativo sujeto al control de la legalidad del juez administrativo, sino un acto propio de las actividades comerciales o industriales que constituyen el objeto social propio de la Entidad”. (fl. 75).

El impugnante sostiene por su parte que el artículo 41 del Decreto 130 de 1976 establece la posibilidad de crear sociedades entre entidades públicas para el desarrollo de actividades de naturaleza industrial o comercial, quedando sometidas a las reglas previstas para las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y en estas Entidades sus directivas designan al Gerente.

Tal forma de asociación, con capital público, ha proliferado en los servicios de obras sanitarias como acueductos, alcantarillados, aseo público, plazas de mercado, mataderos y el Decreto 1157 de 1976, artículos 23 y 33 señala que el personal de las Empresas Sanitarias tiene la calidad de Trabajadores Oficiales y el Gerente de Empleado Público.

Aduce que el actor fue nombrado para ejercer el cargo por Decreto 1859 del 6 de julio de 1987 del Gobernador del Departamento, en uso de sus

facultades y las que te confirieron la Junta de Socios y la Junta Directiva y que, el Acto No. 007 del 2 de abril de 1990, con la cual se desvincula al accionante, es un acto o decisión administrativa que afecta la estabilidad laboral de un empleado público que contraviene "los reglamentos o formalidades previstas en el estatuto creador de la Entidad, en cuanto al *Quorum* requerido para tomar decisiones por parte del órgano competente" (fl. 78).

SE CONSIDERA:

En primer lugar, la Sala estima del caso hacer notar que si bien el auto que declara la nulidad de lo actuado en el proceso por falta de jurisdicción no está incluido expresamente entre aquellos que contempla el artículo 181 del C.C.A., como objeto del recurso de apelación, habría que observar que en cuanto hace tal clase de declaración contiene en forma implícita una decisión que pone fin al proceso, ya que imposibilita su continuación y por lo mismo, es apelable, según el numeral 30 del artículo en mención.

En cuanto al asunto objeto del recurso, es de observar que la sociedad de responsabilidad limitada constituida mediante escritura pública No 1037 del 16 de agosto de 1986 de la Notaria Unica de Turbo, conformada por el Departamento de Antioquia y los municipios de Turbo y Apartadó (Cap. 11, art. 4o), es de acuerdo con los objetivos y su naturaleza, previstos en los estatutos, una Empresa Industrial y Comercial del Estado del nivel regional.

Respecto de esta forma de asociación, el Decreto 1222 de 1986, actual Código de Régimen Departamental, prevé en el artículo 259 que "las personas jurídicas en las cuales participan los departamentos y los municipios, o sus entidades descentralizadas, asociados entre ellos o con particulares, cuando para tal efecto estuvieren debidamente autorizados, se sujetarán a las normas contempladas en los Decretos Leyes 3130 de 1968, artículo 4o, y 130 de 1976, artículos 1 a 5". Y agrega el precepto: "las autoridades deben ser dadas previa y expresamente por las Asambleas, los Concejos Municipales y por los actos que hayan creado las entidades que se asocian o constituyen compañías entre sí o con otras personas".

Sobre este último aspecto existe constancia en la Ordenanza por la cual se autoriza al Gobernador del Departamento para que participe hasta con una suma de \$112'000.000 en una "Empresa Industrial y Comercial del Estado, de responsabilidad limitada que tendrá por objeto la construcción y administración del Matadero Regional de Urabá" y en los respectivos Acuerdos de los Concejos Municipales de Turbo y Apartadó (fl. 11).

Ahora bien, el artículo 4o. del Decreto 3130 de 1968 establece que las

SECCION SEGUNDA

Entidades descentralizadas indirectas serán clasificadas en el acto de su constitución dentro de las categorías que establece el Decreto 1050 del mismo año, y por su parte el artículo 4o. del Decreto 130 de 1976, señala que las sociedades que se creen por la participación exclusiva de Entidades Públicas “con el fin de desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial, se someten a las normas previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado. Sus estatutos proveerán sobre las materias mencionadas en el inciso segundo del artículo anterior y, además, podrán disponer que un órgano hará las veces de Asamblea de Accionistas o Junta de Socios y de Junta Directiva”.

El inciso segundo del artículo anterior, señala normas sobre quién elige y designa al Gerente y la composición de las Juntas Directivas.

La reforma de 1968 consagró la descentralización administrativa por servicios y defirió a la ley de los respectivos estatutos, entre los que pueden mencionarse los Decretos 1050 3130 de ese año y el 130 de 1976, los que conforman el conjunto de normas que regulan las entidades descentralizadas y en las que, es principio general que en desarrollo de sus actividades se apliquen las reglas del derecho privado; y las del derecho público, en el caso de aquéllas que traten con el cumplimiento de funciones administrativas.

Con respecto a su dirección y estructura., el artículo 16 del Decreto 3130 de 1968 preceptúa que la dirección y administración de tales empresas estará a cargo de una Junta o Consejo Directivo, de un Gerente, Director o Presidente, quienes aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos, conforme al artículo 18 *ejusdem*.

Si bien, no se estableció en estos estatutos de manera general un régimen de personal y su vínculo con la administración pública, del Decreto 3135 del mismo año, al prever la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado dispuso que las personas que prestan sus servicios, en el caso de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado, “son trabajadores oficiales sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñados por personas que tengan la calidad de empleados públicos”, norma aplicable al asunto en referencia.

Sobre el particular, se observa que en los estatutos de la empresa aunque se determina y precisa que la administración y dirección de la misma estará a cargo de la Junta General de Socios, la Junta Directiva y la Gerencia, conforme al artículo 10o. del Capítulo IV, no se especifica ni concreta cuáles son los cargos que deban ser desempeñados por empleados públicos y mientras no se cumpla el requisito, los servidores vinculados a la empresa tendrán el carácter

de Trabajadores Oficiales. Ciertamente, el criterio de clasificación viene del legislador, pero su aplicación práctica en cada uno de los casos, corresponde al organismo.

No obstante, sobre este aspecto aduce el accionante que en el caso de los servicios públicos de obras sanitarias, el Decreto 1157 de 1976, artículos 23 y 33 señala expresamente que “el personal de las empresas sanitarias tiene la calidad de trabajadores oficiales y que el Gerente tiene la calidad de empleado público” (fl. 77).

Al respecto debe puntualizarse que se trata de normas relacionadas con los “Organismos Ejecutores” previstos en el Capítulo V del Decreto 2804 de 1975, que reorganiza el Instituto Nacional de Fomento Municipal, cuya reglamentación contempla el decreto en referencia y, en consecuencia, son aplicables al asunto en estudio, en cuanto la empresa no ha sido promovida por el instituto ni forma parte de aquellos organismos bajo su dirección y control; más aún, cuando ha sido suprimido o liquidado según el Decreto-Ley 77 de 1987 por el cual se expide el Estatuto de Descentralización en beneficio de los Municipios.

No puede afirmarse entonces que la decisión de la Junta contenida en el Acta que se impugna, desvincula a un empleado público, como lo hace el libelista, para que tuvieran que aplicarse las disposiciones de derecho administrativo sobre la materia; y en este punto conviene señalar que si el actor fue nombrado en principio por Decreto del Gobernador, en los estatutos se previó tal aspecto con carácter provisional hasta el 31 de diciembre de 1987 (Art. 23, 11 num. 2, párrafo transitorio) como en el propio acto se advierte: “fecha en la cuál la Junta Directiva procederá ratificar o a nombrar nuevo Gerente de acuerdo a lo establecido en los Estatutos de la Empresa” (fl. 31).

Dados estos presupuestos, la Sala llega a la conclusión de que la controversia es de competencia de la jurisdicción ordinaria y por tanto debe mantenerse la providencia recurrida, aunque por las razones aquí expuestas.

En tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

Confírmase el auto impugnado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

SECCION SEGUNDA

El anterior proyecto lo estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 25 de marzo de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro (ausente), Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz (ausente), Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CADUCIDAD -Término (Aclaración de Voto)

No es lógico afirmar que la caducidad debe comenzar a contarse, según el artículo 136 del C.C.A., “a partir de la fecha en que el demandante tuvo conocimiento del acto objeto de la demanda, bien sea mediante su comunicación, publicación, notificación o ejecución”, porque de conformidad con el artículo 23 del Decreto-ley 2304 de 1989, que modificó ese texto, el término de caducidad se cuenta “a partir del día de la Publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso. Por consiguiente, hoy no puede hablarse de la fecha de la “comunicación”, porque esa expresión desapareció del texto del artículo; y si el juez pretende mantenerla, se está arrogando facultades propias del legislador.

Actores: NOHORA NUBIA DE MAHECHA Y OTRO.-

Santa Fe de Bogotá, D.C., doce (12) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993)

Aunque comparto lo resuelto en el auto que antecede, aprobado por la Sala el 18 de marzo del presente año, considero necesario aclarar que no ocurre lo mismo con el punto 7 de la parte considerativa, puesto que en verdad no es lógico afirmar que la caducidad deba comenzar a contarse, en el artículo 136 del C.C.A., “a partir de la fecha en que el demandante tuvo conocimiento del acto objeto de la demanda, bien sea mediante su comunicación, publicación, notificación o ejecución”, (Se subraya), porque de conformidad con el artículo 23 del Decreto-ley 2304 de 1989, que modificó ese texto, el término de caducidad se cuenta hoy “a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso”. (Se subraya). Por consiguiente, hoy no puede hablarse de la fecha de la “comunicación”, porque esa expresión desapareció del texto del

SECCION SEGUNDA

artículo; y si el juez pretende mantenerla, se está arrogando facultades propias del legislador.

En consecuencia, no puedo compartir el criterio de que en el caso de autos ese término corre a partir del 29 de noviembre de 1991, fecha del oficio de comunicación del acto, -que por otra lado no tiene constancia de haber sido recibido-, sino que en mi opinión debe contarse a partir del 1o. de diciembre, fecha en que dejaron de laborar los demandantes y por ende, se ejecutó dicho acto.

Otra cosa es que aún contando desde esta última, la acción estuviese caducada.

Con todo respeto,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

**INSUBSISTENCIA / ACCION DE NULIDAD Y
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CADUCIDAD - Término**

La acción en tratándose de actos de declaratoria de insubsistencia, que no requieren notificación personal, ha de contarse desde la fecha de su comunicación, y en su defecto, desde cuando se ejecuta el acto, es decir, cuando se produce el retiro del servicio. Y en general, el término de caducidad que la ley señala para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, debe contarse a partir de la notificación o de la publicación, o de la ejecución del acto que se acusa, según éste se haya notificado o publicado; y si nada de esto se cumplió, desde su ejecución. Pero jamás, desde cuando se cumpla alguna obligación que la Administración haya contraído. Cuando se decide desvincular del servicio a un funcionario, la manifestación de voluntad que surte efectos jurídicos está contenida en un acto que entrará a regir cuando él mismo lo disponga, sin que su vigencia quede condicionada a la ocurrencia de hechos posteriores, cualquiera que sea la causal de retiro.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D. C., dos (2) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 7767. Actor: ELBERTO PUMAREJO COTES.

Se decide el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por el señor Elberto Pumarejo Cotes contra el auto de 23 de octubre de 1992, proferido

SECCION SEGUNDA

por el Tribunal Administrativo del Cesar y mediante el cual se rechazó la demanda por él presentada.

El Tribunal inadmitió la demanda por haberse operado el fenómeno de la caducidad de la acción, tomando en cuenta la fecha a partir de la cual se aceptó la solicitud de retiro voluntario, el día 10 de abril de 1992, y la fecha de la presentación de la demanda, octubre 5 de 1992, ya que transcurrieron más de cuatro meses, término previsto para esta clase de acción por el artículo 136 inciso 2o. del C.C.A.

En la demanda y la sustentación del recurso el libelista sostiene que el término de caducidad de la acción debe contarse desde la ejecución del acto acusado, la cual se cumplió a su juicio, en dos momentos: uno cuando se expidió el acto de desvinculación de la entidad y el segundo cuando se pagó la bonificación conforme a lo establecido en el artículo 2o. de la Ley 60 de 1990 numeral 1 "Retiro del servicio mediante compensación pecuniaria, como la insubsistencia con indemnización y el retiro voluntario mediante bonificación". Estima que el pago de la indemnización o la bonificación es requisito para que se perfeccione el retiro.

Invoca tanto en la demanda como en el recurso, una sentencia proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado de 21 de septiembre de 1988, según la cual el término de caducidad cuando se demandan declaratorias de insubsistencia, se cuenta a partir de la ejecución del acto.

Termina afirmando que el pago es una condición y el acto con el cual se retiró al funcionario no fue ejecutado sino hasta cuando se pagó la indemnización y bonificación, y por lo tanto el término de caducidad de la acción debe contarse a partir de la fecha en que ocurrió el pago.

Para decidir se considera:

La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de noviembre 21 de 1991, (Expediente No. S- 122. Actor: Hugo Posada Granados) con ponencia de la Consejera Doctora Dolly Pedraza de Arenas, que modificó la jurisprudencia contenida en el fallo citado por el demandante, sostiene que la caducidad de la acción, en tratándose de actos de declaratoria de insubsistencia, que no requieren notificación personal, ha de contarse desde la fecha de su comunicación y en su defecto, desde cuando se ejecuta el acto, es decir, cuando se produce, el retiro del servicio.

Y en general, el término de caducidad que, la ley señala para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, debe contarse a partir de la notificación

o de la publicación, o de la ejecución del acto que se acusa, según este se haya notificado o publicado; y si nada de esto se cumplió, desde su ejecución. Pero jamás, desde cuando se cumpla alguna obligación que la Administración haya contraído.

Por eso no es de recibo el argumento según el cual el término de caducidad de la acción en este caso debe contarse a partir de la fecha en que se efectuó el pago de la bonificación y la indemnización al actor. Ninguna norma legal autoriza contar en esta forma el término de caducidad.

Cuando se decide desvincular del servicio, a un funcionario, la manifestación de voluntad que surte efectos jurídicos está contenida en un acto que entrará a regir cuando el mismo lo disponga, sin que su vigencia quede condicionada a la ocurrencia de hechos posteriores, cualquiera que sea la causal de retiro.

En el caso que se estudia, no hay constancia de notificación ni comunicación. Pero necesariamente el señor Elberto Pumarejo Cotes tuvo que conocer el acto por el cual el Ministro de Hacienda y Crédito Público aceptó su solicitud de retiro voluntario, el 10 de abril de 1992, día en que se hizo efectivo el retiro del servicio.

Así las cosas, aún aplicando la tesis sostenida en sentencia de 21 de septiembre de 1988, modificada después por la Sala Plena, habría que concluir que la demanda se presentó extemporáneamente, pues el acto que ordenó el retiro que es el que se controvierte, se cumplió a partir del 10 de abril de 1992, y desde ese día, - aceptando que no hubiera sido conocido antes- el señor Pumarejo Cotes estaba en posibilidad de demandarlo, independientemente del cumplimiento posterior de las obligaciones a cargo de la Administración, o sea, del pago de la indemnización acordada por el retiro.

Como la demanda se presentó el 5 de octubre de 1992, resulta extemporánea.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

Confírmase el auto de 23 de octubre de 1992 por el cual el Tribunal Administrativo del Cesar inadmitió la demanda presentada por el señor Elberto Pumarejo Cotes, por caducidad de la acción.

SECCION SEGUNDA

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 18 de Marzo de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro Carlos A. Orjuela Góngora (con aclaración de voto), Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**ESCALAFON DOCENTE - Ascenso / ESCALAFON DOCENTE -
Inscripción / EXPERIENCIA DOCENTE (Salvamento de Voto)**

Estima la suscrita Consejera que no era el 22-06-82 la fecha a partir de la cual debía contarse el término de tres años para el ascenso al grado séptimo, sino aquella en la cual se produjo la inscripción en el grado anterior, pues no tratándose de una asimilación, era imprescindible que se dieran los requisitos establecidos en el artículo 10 del Estatuto Docente, Decreto 2277 de 1979, y entre ellos está, para los profesionales con título universitario diferente al de licenciado en ciencias de la educación, el haber tenido una experiencia de tres años en el grado sexto, lo cual no puede tener ocurrencia sino a partir de la inscripción en ese grado del escalafón.

Santa Fe de Bogotá D.C., trece (13) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Referencia: Expediente 3551.-Resoluciones Ministeriales. Actor: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL.

Con todo respeto me separo de la decisión tomada en forma mayoritaria por la Sala, por las razones que a continuación expongo:

El docente ALBERTO DEL CASTILLO QUESSEP, por medio de Resolución 1094 de junio 19 de 1986 fue inscrito en el Escalafón Nacional Docente en el grado sexto, señalándose como fecha de partida para el siguiente ascenso el 22 de junio de 1982 y por Resolución 2724 de noviembre 20 de 1986 fue ascendido al grado séptimo.

SECCION SEGUNDA

Estima la suscrita Consejera que no era el 22-06-82 la fecha a partir de la cual debía contarse el término de tres años para el ascenso al grado séptimo, sino aquella en la cual se produjo la Inscripción en el grado anterior, pues no tratándose de una asimilación, era imprescindible que se dieran los requisitos establecidos en el artículo 10 del Estatuto Docente, Decreto 2277 de 1979, y entre ellos está, para los profesionales con título universitario diferente al de licenciado en ciencias de la educación, el haber tenido una experiencia de tres años en el grado sexto, lo cual no puede tener ocurrencia sino a partir de la inscripción en ese grado del escalafón.

No existen, en mi sentir, razones jurídicas que justifiquen replantear en el *sub lite* el criterio adoptado por la Sala en sentencia de 30 de octubre de 1992 proferida dentro del proceso 2827; considero que el párrafo del artículo 2° del Decreto 259 de 1981, en el que se basó el replanteamiento, fue erróneamente interpretado, pues no se ajusta a derecho darle un sentido que contraría la ley que reglamenta, Decreto 2277 de 1979.

En consecuencia, considero que debió anularse la Resolución 1094 de 1986, en cuanto dispuso como fecha tenida en cuenta para el siguiente ascenso el 22-06-82 y la Resolución 2724 en su totalidad.

Atentamente

Dolly Pedraza de Arenas

**PERSONAL MILITAR / ASIGNACION DE RETIRO / PENSION DE
INVALIDEZ - Incompatibilidad / RETROACTIVIDAD DE LA LEY-
Improcedencia**

El literal e) del art. 32 del decreto extraordinario 1042 de 1978, en cuanto reguló para las fuerzas armadas la excepción exigida por el art. 64 de la Carta, derogó las normas contrarias anteriores, entre ellas las contenidas en el art. 143 del decreto extraordinario 612 de 1977, que se referían a la misma materia. Mientras a la luz del art. 143, eran incompatibles las pensiones y asignaciones de retiro con las pensiones de invalidez y de retiro por vejez, frente al decreto 1042 dicha incompatibilidad desapareció, pues permitió esta normatividad a los miembros de las fuerzas armadas recibir más de una asignación, sin excepción alguna, aunque limitándola en su cuantía a la remuneración fijada por la ley para los ministros del despacho. El derecho a la pensión de invalidez que le reconoció al ex-suboficial la Industria Licorera de Caldas, comenzó a causarse el 1o. de abril de 1983, cuando se inició su incapacidad laboral, y se consolidó su causación al término de los, 220 días que duró, cuando indiscutiblemente había dejado de regir para él no solo el mencionado decreto 1713 de 1960 sino, además, el 612 de 1977. Es ostensible que al caso no le es aplicable el decreto 89 de 1984 en razón de que la situación jurídica del ex-militar se consumó y definió antes de su expedición y en nuestro sistema jurídico solo en materia penal es permitida la aplicación retroactiva de la ley.

**ASIGNACION DE RETIRO / PENSION DE INVALIDEZ /
PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD**

Si bien es cierto por mandato del art. 64 de la Constitución Política el ex-suboficial no podía recibir mas de una asignación del tesoro

SECCION SEGUNDA

público, ello no significa que no tuviera el derecho a optar por una de las dos prestaciones la que a su juicio pudiera ser mas favorable.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., trece (13) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 4990. Autoridades Nacionales. Actor: **MARIELA REYES VIUDA DE DUCUARA.**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por Mariela Viuda De Ducuara y la Caja de Retiro de las FF.MM. contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de el 14 de diciembre de 1989, por medio de la cual se ordenó a dicha Caja le reconociera a aquella la sustitución de la asignación de su cónyuge fallecido, el Suboficial José Lino Ducuara, y negó las demás peticiones de la demanda.

Los hechos de la demanda se expusieron así:

3) HECHOS U OMISIONES QUE FUNDAMENTAN LA DEMANDA.

1. La Caja de Retiro de las FF.MM. por Acuerdo de fecha 17 de diciembre de 1968 aprobado por resolución 0815 del 24 de febrero de 1969 por el Ministerio de Defensa, reconoció asignación de retiro y subsidio familiar al Sargento V.1 José Lino Ducuara a partir del 1o de noviembre de 1968.

2. El día 25 de diciembre de 1.983 falleció el Sargento V.1 José Lino Ducuara en Manizales siendo cónyuge sobreviviente la señora Mariela Reyes v. de Ducuara y sus hijos menores Luis, Fernando, Liliana, María, Jorge, Ivan, Gloria, Patricia, María Constanza y Marlene como titulares de la pensión sustitutiva por muerte de que trata el artículo 163, 153 del decreto ley 612 1977.

3. Con fecha 11 de enero de 1.985 produjo la Caja de Retiro de las FF.MM. la resolución 011 mediante la cual extingue el derecho a continuar percibiendo asignación de retiro al Sargento V.1o. José Lino Ducuara, desde el 7 de noviembre de 1983, por lo que extinguida la asignación de retiro, no hay lugar a pensión sustitutiva denegándola a los beneficiarios y disponiendo además el reintegro de las asignaciones percibidas por el causante desde el 7 de noviembre de 1983.

4. la Caja de Retiro de las FF.MM. fue solicitada por la Empresa Licorera de Caldas del debido pagar por razón de una cuota parte en el monto pensional de más de 20 años que se le reconocía desde el 7 de noviembre de 1983, tomando en cuenta y sumándole el tiempo servido en la empresa licorera de Caldas que fue de 13 años, 11 meses, 3 días, el tiempo de servicios militares en Ejército, a lo cual se negó la Caja de Retiro de las FF.MM. Remitiendo el conocimiento de dicha cuota parte al Ministerio de Defensa.

5. La Empresa Licorera de Caldas resolvió como consecuencia reconocerle una pensión de invalidez por incapacidad absoluta laboral como trabajador de esa empresa, que por ser empresa industrial y comercial del sector departamental de Caldas, obra bajo régimen de derecho privado, según el artículo 8o. del D/1050 de 1968.

6. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares por intermedio de la Jefatura de Sección de Prestaciones Sociales, en conocimiento de que se había dictado por resolución 4105 del 21 de abril de 1982 pensión de invalidez, produjo el oficio 11288 del 20 de diciembre de 1983 con destino a la doctora HOMEIRA MURIEL PATIÑO como Jefe de Relaciones Industriales de dicha Empresa, que la pensión de invalidez era incompatible con la asignación de retiro y que debía optar por la más favorable según el art. 143 del decreto ley 610 de 1977.

7. Jefe de Sección de Prestaciones Sociales (ilegible) Clara I. Lizarazo en oficio número 6943 del 3 de julio comunico a Mariela Reyes v. de Ducuara que no es procedente resolver a su favor la pensión sustitutiva por cuanto es incompatible con la pensión de invalidez que la Industria Licorera de Caldas le había reconocido por muerte del señor José Lino Ducuara, como cónyuge sobreviviente

8. El señor José Lino Ducuara ante la exigencia de la Caja de Retiro de las FF.MM. se limitó a manifestar insistiendo que se le reconociera su pensión de invalidez por la Industria Licorera de Caldas, sin hacer expresión alguna de opción o renuncia ante la Caja de Retiro de las FF.MM. en relación a su asignación de retiro y continuó percibiéndola hasta la fecha de su muerte acaecida el día 25 de diciembre de 1983.

9. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en el lapso comprendido entre el 25 de diciembre de 1983 (ilegible) a la fecha de esta demanda, se apropia indebidamente de una suma mensual aproximadamente cuantía (sic) de \$50.500.00 o sea un valor de \$(ilegible) moneda legal y enrique

SECCION SEGUNDA

(sic) sin justa causa su propio patrimonio, privando en esa suma a los titulares de la pensión sustitutiva, sometiéndoles a la caridad pública so pretexto de que ha extinguido la asignación de retiro del causante por ser incompatible la asignación del retiro por servicios a la Nación con la pensión de invalidez por servicios con pérdida absoluta de su capacidad física al servicio de un ente de derecho privado del Departamento de Caldas.

10. La Caja de Retiro de las FF.MM. produjo la resolución número 0508 del 30 de abril de 1985 denegando el recurso de reposición, con agotamiento con de la vía gubernativa por las mismas razones por las cuáles había extinguido la asignación de retiro del Sargento V.1o. José Lino Ducuara.

11. Los titulares de la pensión sustitutiva carecen de patrimonio propio, de ingreso distinto a la pensión de invalidez sustitutivamente le reconoce la Industria Licorera de Caldas y ha sometido a injusto tratamiento de insubsistencia vital para sobrevivir y para ello ha acudido a la caridad pública, lo que pueden testimoniar los señores.

12. La Ley 10 de 1972 sanciona el impago de la pensión con un valor diario del monto de esa pensión por cada día de mora. (fls. 9 a 11). (los paréntesis que dicen "ilegible" sustituyen porciones del texto y son de la Sala).

El capítulo de normas violadas y concepto de la violación dice:

"FUNDAMENTOS DE DERECHO. NORMAS LEGALES VIOLADAS. CONCEPTO DE VIOLACIÓN :

1o. Las normas violadas son: Constitución Nacional, artículos 16, 17, 26, 30 y 169. Las normas legales son: Decreto 1713 de 1960, art. 1o., literal d). "Las que con carácter de pensión o sueldo de retiro disfruten los miembros de las Fuerzas Armadas." Decreto ley 1042 de 1978. Artículo 32 y Decreto ley 1288 de 1978, art. 11. Decreto ley (ilegible) de 1977, art. 156, que fija el régimen de extinción de pensiones. Art 188 del C.C.A.

En su orden expongo:

A). La Constitución en su artículo 169 consagra por la mas agresiva vía de la normatividad que es la prohibición, que a los militares se les prive de los grados, honores, y pensiones, salvo los casos y procedimiento que

señale expresamente la ley. Concordante con esta disposición, la Constitución garantiza la protección especial de las relaciones del trabajo en su artículo 17, instituye que las autoridades están constituidas para proteger la vida, la honra y bienes de las personas y pagara (sic) garantizar los fines sociales del Estado. art.16; consagra que la propiedad privada adquirida con justo título con arreglo a la ley no podrá ser vulnerada por, leyes posteriores, art. 30.

Nada mas determinante que este conjunto de principios constitucionales concordantes entre si, y que resuelven de **plano**, sin afección alguna a la interpretación, sino aplicándolos, que está prohibido privar a los militares de su sueldo de retiro o asignación de retiro, excepto los casos y por el procedimiento que la ley señale, porque la autoridad pública debe al limitar protección en su pensión, constituye derecho adquirido con justo título la asignación de retiro, es relación de trabajo y está especialmente protegida la asignación militar de retiro por el Estado, que garantiza su intangibilidad, por lo que es *status* especialísimo dentro de los derechos privados del militar, que en el caso de autos, al extinguir la asignación de retiro del S. VI. José Lino Ducuara sin existir el caso en la ley, y sin procedimiento se expidieron actos administrativos de suma gravedad contra el patrimonio moral y material de los titulares de la pensión sustitutiva al José Lino Ducuara, todo lo cual viola el artículo 26 de la Constitución, por omisión del debido proceso.

Esta simple consideración bastaría para que se evidenciara la manifiesta violación de la ley Constitucional y merecer *ipso jure* su suspensión provisional por párrafo aparte invoco.

Sin caso se procede a la extinción de dicha asignación de retiro, y esta infirmación tiene respaldo normativo y por tanto jurídico en el artículo 156 de 1977 que es el estatuto que se invoca también para extinguir la asignación de retiro, que pretexto de que a partir del 7 de noviembre de 1983 el señor José Lino Ducuara fue pensionado por la Industria Licorera de Caldas por razones de incapacidad laboral y dentro de una relación contractual de derecho privado, por serlo la entidad nominadora de la pensión de invalidez y de la sustitución en las personas que demandan el restablecimiento de la pensión militar sustitutiva. Y también sin procedimiento.

B). Sin caso, porque la extinción está taxativamente señalada en el artículo 156 del decreto ley 612 de 1977 que dice :

“A partir de la vigencia del presente decreto, decreto las pensiones que

SECCION SEGUNDA

se otorguen por fallecimiento de un o Suboficial de las Fuerzas Militares se extinguirán por la viuda si contrae nuevas nupcias, y para los hijos por muerte, emancipación, matrimonio, profesión religiosa, independencia económica o por haber llegado a la edad de veintiún (sic) (21) años, salvo las hijas célibes, los hijos inválidos absolutos y los estudiante, hasta la edad de veinticuatro (24) años, cuando hayan dependido económicamente del, Oficial o Suboficial. La extinción se ira decretando a partir de la fecha del hecho que la motive y por la cuota parte correspondiente. La porción de la madre acrecerá con la de los hijos y la de éstos con la de la madre.”

Este sólo caso de extinción por vía de la Caja de retiro de las FF.MM. por lo que, no dándose esta se viola el artículo 169 de la Constitución. Por vía dé procedimiento, tampoco se da la oportunidad, porque, para la extinción pensional esta la vía revisora de que trata el artículo 188 de C.C.A.. por lo que, la Caja de Retiro de las FF.MM. ha usurpado una jurisdicción que no le es propia, con daño moral y material en las personas que quedaron afectadas por la extinción patrimonial de la pensión sustitutiva, por lo que, por este aspecto, también se viola directamente el artículo 169. Y como, por la otra punta, se extingue un status pensionario particular, concreto, individual y sin la anuencia del titular del mismo. es obvio que se viola el artículo 24 del decreto 2337 de 1959, de manera directa

La manifestación que aparece de autos, y que la Caja de Retiro de las FF.MM. refiere como opción de su texto literal sólo aparece que acepta la pensión jubilaria y fue presentado memorial manifestándole a la Caja de Retiro de las FF.MM. que se le suspendiera, extinguieron su asignación de retiro tampoco tendría validez porque la Caja no puede extinguir la asignación de retiro sino en el caso preciso, taxativo del artículo 156 de dicho estatuto.

B) El Estado en su artículo 30, garantiza la propiedad privada con justo título y con arreglo a la ley. En ese orden la asignación de retiro es derecho patrimonial privado, adquirido con arreglo a la ley, tal como aparece en el Acuerdo número 721 del 17 de diciembre de 1968 aprobado por resolución 815 del 24 de febrero de 1969 por el Ministerio de Defensa, siendo su justo título que procede de la misma entidad que extingue el derecho, con atropello de la propiedad privada. De ello da constancia la resolución 011 del 11 de enero de 1985 de la Caja de Retiro de las FF.MM.

C) La asignación de retiro que se le decreto por la Caja de Retiro de las FF.MM. con fecha 17 de diciembre de 1968 y aprobó con fecha 24 de

febrero de 1969 está protegida por la excepción de que trata el artículo 1o literal d) el decreto ley 1713 de 1960 que dice:

“Art. 1o. Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de Empresas e Instituciones en que tenga parte principal. el Estado, salvo las excepciones que sé determinan a continuación: ..d) Las que con carácter de pensión de retiro disfruten los miembros de las Fuerzas Armadas-” La excepción que es de imperio preferente por ser excepción, en la aplicación de la ley, es tan clara no admite posteriores incompatibilidades, en razón de que, si se produce por el legislador no le son aplicables en cuanto que tendrían carácter retroactivo contra lo previsto el artículo 30 de la Constitución, haciéndose aplicable al tenor del artículo 215 de la Carta, como lo es, en este efecto y para este caso el artículo 143 del decreto ley 612 de 1977, inaplicable por vicio de inconstitucionalidad, **lo que debe declararse tanto en la suspensión provisional como en el efecto de la sentencia.**

D) El decreto ley 1042 de 1978, ratifica esta excepción del artículo 1o. del decreto ley 612 de 1977, incorporando en este régimen de excepción y de especialidad las asignaciones que con carácter de pensión o sueldo de retiro perciban antiguos miembros de las Fuerzas Armadas. El tope del literal c) del artículo 32 del Decreto 1042 de 1978, esta derogado por el artículo 11 del decreto ley 1228 de 1978, que son instituciones especiales de la ley que se violan con el acto acusado.

E) el artículo 143 del decreto ley 612 de 1977 también aparece violado en sus incisos 1o. y 3o. por no aplicarlos y por mal aplicar el inciso 2o de la misma disposición contiene. En efecto.

Es de anotar que las asignaciones de retiro y las pensiones sustitutivas de la misma se pagaran por mensualidades vencidas y durante la vida de los agraciados. (art. 143). Es decir son inextinguibles por su naturaleza vitalicia y se adhieren a los titulares de tales asignaciones y pensiones, siendo parte de su patrimonio moral y económico.

El inciso 1o. consagra su compatibilidad con los sueldos que provengan de empleos públicos. Lo que se predica de sueldos del empleo público se predica de lo que ello se deriva como son las jubilaciones bien por vejez, (ilegible) por enfermedad o incapacidad, bien por tiempo mayor de veinte años y edad pensionable. Porque jubilación no es sin el *status* de cesantía en un empleo público o privado, con derecho a pensión por tiempo de servicios, por vejez o por invalidez. (Cabanellas).

SECCION SEGUNDA

El inciso 3o. provee terminantemente que las mismas asignaciones de retiro y las pensiones militares son compatibles con las pensiones de jubilación (servicios, incapacidad laboral, vejez) provenientes de entidades de derecho público.

Empero, el inciso 2o. regla una compatibilidad cuando se trate de asignaciones de retiro y pensiones militares, entre si, es decir exclusivamente cuando de militares se trate, y dentro de una misma relación determinante bien de la asignación de retiro o de la pensión militar. Es pronombre calificativo y excluye cualquier otra relación gramatical v.g. "entre tú y yo".

La segunda parte de este inciso que es la que transtorna el sentido jurídico de la ley, principia por el adverbio adjetivado "igualmente," y es de afirmación, siendo de cantidad, porque se refiere a toda la cláusula antecedente, **asignaciones de retiro y pensiones militares.** Comprende esas, cuando se trata de pensiones de invalidez o de vejez militares. **La supresión de este adjetivo calificativo le da ambigüedad, pero esta se aclara con la regla posterior que vuelve a reiterar la compatibilidad de la asignación con cualquier clase de pensión de jubilación.**

Lo advierten Andrés Bello y Rufino Cuervo, en el Capítulo XXXV, pág. 304 de la Gramática de la Lengua Castellana, 1052, edición Asorpe anotando es preciso mucho cuidado para evitar toda ambigüedad (aún momentánea si es posible) en la referencia de los pronombres demostrativos o posesivos a la persona o cosa que corresponde, y en el caso de autos los pronombres demostrativos son asignaciones de retiro, pensiones militares e «igualmente» pensiones de invalidez o de vejez, lo que se aclara con el subsiguiente inciso, en el sentido de que se trata de pronombres demostrativos militares, todos porque es lógico y razonable que haya dentro de una misma relación unitaria de trabajo, dependencia o servicio, incompatibilidad si se presenta la asignación de retiro e igualmente la pensión de vejez dentro de la carrera militar que es el área determinada de aplicación según el artículo 2o. del decreto ley 612 de 1.977.

F) Esta disgresión no es necesaria, ni indispensable para valorar la inconstitucionalidad que se deriva de aplicarle a una situación pensión adquirida son fecha 17 de diciembre de 1968 por el Sargento V.1o. José Lino Ducuara y protegida además por la excepción del literal d) del Decreto ley 1713 de 1960, una ley posterior que le vulnera derechos patrimoniales como es el artículo 143 del decreto ley 612 de 1977, para

inducir arbitrariamente y abusivamente un extinción no autorizada por dicho en gracia de abundamiento de razones para impedir que se siga consumando un atentado contra la subsistencia de mis mandantes, la relieve, pidiendo que de modo expreso, ora en la admisión de la demanda, bien en la suspensión provisional del acto acusado, se despache la inaplicación exceptiva del artículo 143 del decreto ley 612 de 1977, porque al aplicarla a situaciones anteriores al estatuto, viola el principio tutelado por el artículo 30 de la Constitución, pues la naturaleza de las pensiones jubilatorias gozan de la misma garantía de la propiedad privada.

G) El artículo 153 y 163 del decreto ley 612 de 1977 resultan quebrantándose al darle aplicación al artículo 143 de este estatuto. En efecto, en el régimen de prestación por muerte, corresponde a la esposa sobreviviente el 50% a los respectivos hijos menores. Al reglamentarse la prestación por muerte del militar, el goce de asignación de retiro está dispuesto que "en todo caso" habrá de recibir la totalidad de las prestaciones que venían asistiendo al causante. De manera que, si este derecho a la sustitución pensional se debe dar en todo caso, es decir, en todos los casos, que es lo mismo que sin excepción alguna, no cabía la denegación que aparece en el acto acusado. privando de manera inicua a la señora Mariela Reyes v. de Ducuara de la totalidad de los haberes del causante. Es obvio, pues que se de la nulidad impetrada y el restablecimiento consiguiente.

H) Dentro de nuestro estado de derecho, la inconstitucionalidad de las competencias constitucionales de carácter territorial aparece en relación a los Departamentos en los artículos 182 y 183 de la Carta, dándoles completa independencia en relación a la Nación, con tanto alcance que los bienes y sus rentas son de propiedad exclusiva; gozan de la misma garantía de la propiedad privada y no puede ocuparla sino en los mismos términos que lo sea la propiedad privada.

Es ostensible el abuso o desvío de poder de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al invadir la competencia de la Industria Licorera de Caldas, al señalarle que la pensión de invalidez que esa empresa le otorgaba por incapacidad laboral al señor José Lino Ducuara, no podía dársele por ser incompatible con la asignación de retiro por servicios militares pagada por la Caja de Retiro de las FF.MM. Además de la intromisión impertinente de esa área administrativa nacional, en el área departamental, y mas aun en el sector privado porque por ser una empresa industrial y comercial del departamento de Caldas la Industria Licorera de ese Departamento, es de derecho privado y obra como tal, en el desenvolvimiento de sus competencias en relación a las relaciones de

SECCION SEGUNDA

trabajo con sus trabajadores. Es ostensible que gobernar la extinción de la asignación de retiro del Sargento V.1o. José Lino Ducuara, por el embudo del artículo 143 del decreto 612 de 1977, es desconocer la independencia que a los Departamento le señala el artículo 182 de la Constitución y extender la de la Nación contra lo dispuesto en el artículo 183 ib, lo que hace nula la decisión acusada." (folios 11 a 15).

Desistimiento. La parte demandante de las pretensiones por perjuicios morales y materiales (fls. 114 a 116).

La sentencia apelada. Con fundamento en el artículo 143 del decreto extraordinario 612 de 1.977, concluyó que la asignación de retiro que gozó el fallecido ex-suboficial, José Lino Ducuara era compatible con la pensión de invalidez que se causó cuando aquel Le trabajara a la Industria Licorera de Caldas. Además, invocó el artículo 167 del decreto extraordinario 89 de 1984, para llegar a la misma conclusión.

La vista Fiscal. El Ministerio Público opinó que no existía norma que hiciera compatible la asignación de retiro con la pensión de invalidez. No obstante, admitió que debían anularse los artículos primeros de los actos acusados y negarse las demás pretensiones de la demanda (fls. 195 a 200).

CONSIDERA LA SALA :

1. Situación fáctica:

a) Al fallecido ex-suboficial del ejército José Lino Ducuara se le reconoció asignación de retiro por la Caja demandada (fls 124- 125 cuaderno No 2). a partir del 1.o de noviembre de 1968.

b) Dicho ex-militar se vínculo posteriormente, a partir del 11 de agosto de 1969, a la empresa Industria Licorera de Caldas y allí sirvió hasta el 6 de noviembre de 1983, fecha a partir de la cual se reconoció pensión de invalidez, por haber estado incapacitado desde el 1o. de abril del mismo año (fls. 84 y 85).

c) Para dicho reconocimiento el interesado manifestó el 7 de noviembre de 1983, a la Jefatura de Personal de la Licorera, que entre la pensión de jubilación o la de invalidez que podría reconocerle dicha Empresa prefería la segunda (fl. 58 cuaderno No. 2).

d) La Caja demandada, al considerar que según los mandatos del artículo 143 del decreto extraordinario 612 de 1977 era incompatible la asignación del retiro de que gozaba el ex-militar con la pensión de invalidez que le reconoció

la Licorera expidió la Resolución 11 de 1985 mediante la cual libremente declaró la extinción de aquel derecho y consecuentemente, frente al fallecimiento del titular negó la sustitución de dicha asignación de retiro a favor de la demandante y sus hijos.

e) Dicha resolución No.11 fue confirmada mediante la No 508 del 30 de abril del mismo año, que es igualmente objeto de la demanda.

2. Situación jurídica.

Alcance del recurso. La Caja demandada aspira con su recurso de apelación a que la sentencia apelada se revoque en su integridad, y la demandante, a que solo lo sea parcialmente para que se ordene el ajuste de valor correspondiente.

a) Recuerda la Sala, en primer lugar, que por mandato del artículo 64 de la Constitución Política de 1886, reiterado en el 128 de la nueva Carta, nadie puede recibir mas de una asignación que provenga del tesoro público, salvo lo que para casos especiales determinen las Leyes.

b) Ciertamente, cuando el fallecido ex-suboficial del Ejército Lino Ducuara se retiro del servicio activo militar y posteriormente ingreso al servicio la Industria Licorera de Caldas estaba vigente el decreto 1713 de 1960, que permitió recibir mas de una asignación a los miembros de las fuerzas armadas al disponer que se puede devengar:

“Las que con carácter de pensión o sueldo de retiro disfruten los miembros de las fuerzas armadas.” (artículo 1o literal d).

c) Posteriormente al expedirse el estatuto de carrera de Oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, mediante el decreto 612 de 1977, se regulo la compatibilidad en la percepción de mas de una asignación del tesoro público, respecto de ellos así:

Forma de pago de asignación de retiro y pensiones. Las asignaciones de retiro y pensiones militares se pagarán por mensualidades vencidas durante la vida del agraciado y son compatibles con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos.

Las asignaciones de retiro y las pensiones militares son incompatibles entre si reajustables por servicios civiles prestados a entidades de derecho público. Igualmente,son incompatibles con las pensiones de invalidez o

SECCION SEGUNDA

retiro por vejez, pero el interesado puede optar por la más favorable.

Las asignaciones de retiro y las pensiones militares son compatibles con las pensiones de jubilación provenientes de entidades de derecho público.” (artículo 143. las subrayas no son del texto)

d) Como se ve, la ley paso de permitir a los militares recibir mas de una asignación del tesoro público, sin excepción alguna como lo estableció en el decreto 1713 de 1960, a permitirlo en solamente en los casos de compatibilidad previstos en el artículo 143 anteriormente transcrito.

e) Posteriormente, el decreto 1042 de 1978 consagró para los miembros de las fuerzas armadas la posibilidad de recibir mas de una asignación, así:

“Las que con carácter de pensión o sueldo de retiro perciban antiguos miembros de las fuerzas armadas, con el mismo límite señalado en el ordinal c) del presente artículo.” (artículo 32, literal e).

Vale decir, se consagró nuevamente la posibilidad de percibir mas de una asignación, sin excepción, pero con límite en su cuantía, la fijada por la ley como remuneración de los ministros del despacho.

f) Ahora bien, para la Sala es incontestable que el literal e) del artículo 32 del decreto extraordinario 1042 de 1.978, en cuanto reguló para las fuerzas armadas la excepción exigida por el artículo 64 de la Carta, derogó las normas contrarias anteriores, entre ellas las contenidas en el artículo 143 del decreto extraordinario 612 de 1977, que se referían a la misma materia.

En efecto, mientras a la luz del artículo 143, eran incompatibles las pensiones y asignaciones de retiro con las pensiones de invalidez y de retiro por vejez, frente al decreto 1042 dicha incompatibilidad desapareció, pues permitió esta normatividad a los miembros de las fuerzas armadas recibir mas de una asignación, sin excepción alguna, aunque limitándola en su cuantía a la remuneración fijada por la ley para los ministros del despacho.

g) Sin embargo, más tarde dicho literal e) del artículo 32 fue derogado expresamente por el artículo 11 del decreto extraordinario 1288 del 4 de julio de 1978, sin que en dicha normatividad se hubiera dispuesto en su lugar norma alguna.

h) Con fundamento en todo lo anterior, la sala concluye que no es atinada la demanda cuando pretende afianzar las pretensiones en el decreto 1713 de 1960, en razón de que al fallecido ex-suboficial le fue aplicable, mientras rigió,

el decreto 612 de 1977 que en la materia que se estudia sustituyo para los militares aquel estatuto.

Alrededor de este punto, observa la Sala que el derecho a la pensión de invalidez que le reconoció al ex-suboficial la industria Licorera de Caldas, "comenzó" a causarse el 1o. de abril de 1983, cuando se inició su incapacidad laboral, y se consolidó su causación al término de los 220 días que duró cuando indiscutiblemente había dejado de regir para él no sólo el mencionado decreto 1713 de 1960 sino, además, el 612 de 1977, como quedó visto.

i) De ahí, que sea inocuo cualquier ataque con fundamento en la presunta inconstitucionalidad del artículo 143 del aludido decreto 612 y en la presunta violación de los estatutos ya mencionados, que como quedó visto ya no amparaban en 1.983, fecha en que se causó la pensión de invalidez la percepción de mas de una asignación del tesoro público.

j) De otro lado, agrega la Sala, que no tiene duda en lo referente a que la industria Licorera de Caldas es un ente derecho público, del orden departamental que, aunque como regla general le rija en sus operaciones por el derecho privado por ser una Empresa Industrial y Comercial del Estado, tal circunstancia no excluye a sus trabajadores de la prohibición contenida en el artículo 64 de la anterior Carta, como tampoco están excluidos en la actualidad de los mandatos del artículo 128 de la Constitución de 1991.

k) También tiene en cuenta la Sala que la cuantía de la asignación de retiro en el momento en que al ex-suboficial se le reconoció la pensión de invalidez, era de \$22.676-00 mensuales (fl. 16 cuaderno 2), mientras que esta última prestación le fue reconocida en cuantía de \$26.678.10, lo cual evidencia que esta era mas favorable que aquella.

1) El proceso de revisión que reclama la demanda

Tampoco acierta la demanda cuando plantea que la Caja demandada debió iniciar un proceso revisorio con fundamento en el artículo 188 del C.C.A., por la potísima razón de que ello es viable únicamente en los casos de sentencia y no de actos administrativos.

II) Finalmente, es ostensible que al presente caso no le es aplicable el decreto 89 de 1984, en razón de que la situación jurídica del ex-militar se consumo y definió antes de su expedición y en nuestro sistema jurídico sólo en materia penal es permitida la aplicación retroactiva de la ley. Además, la demanda ni siquiera menciona ese estatuto y es bien sabido que en esta clase de acciones parte de la competencia la determina el capitulo de las normas violadas que se plasma en la demanda, siendo este aspecto de carácter sustancial.

SECCION SEGUNDA

m) La extinción de la asignación de retiro.

En lo que sí atina la demanda es en la censura que formula contra los actos acusados, en cuanto dispusieron la extinción del derecho de asignación de retiro, debido a que si bien es cierto por mandato del artículo 64 de la Constitución política el ex-suboficial no podía recibir mas de una asignación del tesoro público, ello no significa que no tuviera el derecho a optar por una de las dos prestaciones, la que a su juicio puede ser mas favorable. Por ello, lo pertinente es decretar la nulidad de los actos demandados en cuanto dispusieron la extinción de la asignación de retiro, y ordenar a título de derecho, que la Caja les respete a los beneficiarios la facultad de optar por la prestación más favorable.

Como consecuencia de lo anterior, se denegarán las demás súplicas.

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:

MODIFICASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo Cundinamarca el 14 de diciembre de 1989, en el proceso promovido por **MARIELA REYES VIUDA DE DUCUARA** y sus hijos, la cual quedará así:

1o. **DECLARASE** que son nulos los artículos primeros de las resoluciones 11 del 11 enero de 1985 y 508 del 30 de abril siguiente, proferidas por la Caja de Retiro de las FF.MM., en cuanto extinguieron la asignación de retiro del ex-suboficial **LINO DUCUARA**.

2o. A título de restablecimiento del derecho la Caja demandada permitirá que los beneficiarios de la asignación de retiro de la asignación de retiro de que disfrutó el ex-suboficial fallecido, opten por ella o por la pensión de invalidez que le reconoció la Industria Licorera de Caldas.

3o. Deniéguense las demás pretensiones de la demandada.

Cópiese, notifíquese, y devuélvase al Tribunal.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

EXP. -4990

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruíz, Carlos A. Orjuela Góngora, Gaspar Caballero Sierra, (conjuez),.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**INSUBSISTENCIA / ACCION DE NULIDAD Y
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ACTO DE
COMUNICACION - Inexistencia / CADUCIDAD (Aclaración de Voto)**

Desde la expedición del Decreto-Ley 2304 de 1989, artículo 23, que modificó el 136 del C.C.A., la comunicación desapareció como elemento para elemento para contar la caducidad de la acción. Por tanto, no le es dable al juzgador revivirle ese carácter, porque con ello está invadiendo una órbita que es exclusiva del legislador. En efecto, hoy en día sólo puede contarse ese término a partir de la notificación, publicación o ejecución del acto, según el caso.

Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Aunque comparto la decisión adoptada en este asunto, me permito aclarar que no considero atinada la tesis según la cual "la caducidad de la acción, en tratándose de actos de declaratoria de insubsistencia, que no requieren notificación personal, ha de contarse desde la fecha de su comunicación, y en su defecto, desde cuando se ejecuta el acto, es decir, cuando se produce el retiro del servicio" (Fl. 56), por cuanto desde la expedición del Decreto-Ley 2304 de 1989, artículo 23, que modificó el 136 del C. C. A., la comunicación desapareció como elemento para contar la caducidad de la acción. Por tanto, no le es dable al juzgador revivirle ese carácter, porque con ello está invadiendo una órbita que es exclusiva del legislador.

EXP. -7767

En efecto, hoy en día sólo puede contarse ese término a partir de la notificación, publicación o ejecución del acto, según el caso.

Con todo respeto,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

**SENA / ESTATUTO DE PERSONAL / DEMANDA - Requisitos /
NORMAS VIOLADAS / JURISDICCION ROGADA**

El estatuto de personal y de carrera administrativa que gobierna las relaciones de derecho individual del trabajo entre Sena y sus empleado públicos, está contenido en el Decreto 2464 de 1970. El actor no invocó como violado dicho decreto y como la jurisdicción contencioso administrativa es rogada, no puede tener en cuenta para decidir sino únicamente aquellas disposiciones que el actor le haya señalado como violadas.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 5304. Autoridades Nacionales. Actor: ALFONSO BLUM ARANGO.

ALFONSO BLUM ARANGO solicitó al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca decretara la nulidad de la Resolución No. 507 de 14 de noviembre de 1986 proferida por el Gerente del SENA, Regional Valle y mediante la cual le fue aceptada la renuncia que le fuera exigida por dicho funcionario.

LA SENTENCIA:

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia declaró nulo el acto demandado y ordenó el reintegro por considerar que el Director Regional del SENA tomó la decisión con evidente desviación de poder,

y la renuncia del actor en el fondo no fue un acto voluntario sino el producto de la coacción y la amenaza, surgiendo así una renuncia provocada.

LA CONSULTA:

Como la sentencia no fue apelada llegó a esta Corporación en grado de consulta, y el SENA en el término del traslado para alegar expresó que el Tribunal llegó a la conclusión de la existencia de la coacción en la presentación de la renuncia con base en algunas declaraciones, pero “cinco de las ocho declaraciones recibidas y transcritas en el fallo”, “no llevan a lo convicción al juzgador puesto que los declarantes no fueron testigos presenciales y dicen que no les consta o están declarando de oídas, pese a lo cual fueron tomadas como fundamento del fallo”.

Concluye el SENA que “el actor ocupaba un cargo de nivel directivo dentro de la organización del Regional, sin que estuviera amparado por la carrera administrativa, “en una situación de confianza distinta de la que se da en niveles bajos de la administración”.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La **Fiscal Quinta** del Consejo de Estado solicita se confirme la sentencia consultada por estimar que el empleado era de carrera de una parte, y además porque la renuncia no fue libre sino sugerida.

Dijo la Fiscalía en uno de sus apartes:

“La ley ordena que la renuncia debe ser espontánea y libre -Consta en autos que la renuncia no fue libre sino que por el contrario fue sugerida por la autoridad nominadora, de acuerdo con las declaraciones surtidas en el proceso, contrariando así el artículo 27 del Decreto 2400 de 1968, por la cual el acto acusado sería nulo.”

Para resolver se considera:

1) Esta Sala en varias oportunidades ha expresado que el Estatuto de Personal y de carrera administrativa que gobierna las relaciones de derecho individual del trabajo entre el Servicio Nacional de Aprendizaje “SENA” y sus empleados públicos, está contenido en el Decreto 2464 de 1970.

2) Examinado el libelo demandatorio se observa que el actor no invocó como violado dicho decreto 2464 de 1970 y como la jurisdicción contencioso

SECCION SEGUNDA

administrativa es rogada, no puede tener en cuenta para decidir sino únicamente aquéllas disposiciones que el actor le haya señalado como violadas.

Sobre el carácter de jurisdicción rogada, esta Sala se ha referido en innumerables providencias, entre las cuales pueden citarse las señaladas en los procesos números 5323 y 5324 de fecha 3 de marzo de 1993.

Para rememorar una anterior, conviene transcribir la de 15 de junio de 1982, con ponencia del Dr. JACOBO PEREZ ESCOBAR, Expediente 3688; Sección Primera. Dijo al respecto dicha providencia:

“La Sala no puede atenerse, por ser una **justicia rogada, sino a las normas violadas y al concepto de violación. Por ello la fuerza de cosa juzgada en estos fallos **no es sino relativa a las normas y a los fundamentos jurídicos de la pretensión**”.**

3) La demanda no invocó como violada ninguna de las disposiciones contenidas en el Decreto 2464 de 1970 ya que en él se tutelan los derechos que fueron presuntamente infringidos.

Por lo tanto se concluye que la demanda no contiene los presupuestos jurídicos necesarios para su prosperidad, en cuanto no citó las normas del estatuto de personal SENA.

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 en desacuerdo con el colaborador Fiscal.

FALLA:

PRIMERO: REVOCASE EL FALLO CONSULTADO PROFERIDO POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA Y MEDIANTE EL CUAL DECLARABA LA NULIDAD DE LA RESOLUCION NO. 507 DE 1986 PROFERIDA POR LA REGIONAL DEL SENA DEL VALLE, SEGUN DEMANDA PROMOVIDA POR ALFONSO BLUM ARANGO, Y EN SU LUGAR NIEGANSE LAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA.

SEGUNDO: En firme este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993)

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, (ausente), Carlos Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, (ausente), Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

DEMANDA - Interpretación / ACCION DE NULIDAD

La Sala al efectuar un análisis de las demandas concluye que no obstante esgrimirse contra los actos acusados argumentos relativos a la infracción de derechos adquiridos que no son de recibo en el contencioso objetivo, no hay duda de que tratándose de actos de carácter general que modifican los estatutos de una entidad descentralizada, que suprimen y crean cargos y disponen transferencias de tecnología, la acción pertinente es la de simple nulidad, puesto que con la información de dichos actos no se logra el restablecimiento automático de supuestos derechos particulares.

SUSTRACCION DE MATERIA - Improcedencia

El literal f) del Artículo 26 del Acuerdo No. 119 de 1980 fue modificado por el Acuerdo No. 683 de 1987 de la Junta Directiva de la Caja, aprobado por el Decreto No. 982 del mismo año, por cuanto tal literal es sólo una de las normas demandadas y porque además tuvo amplias repercusiones en el ámbito jurídico, tanto que algunos de los otros actos acusados se fundamentaron en lo dispuesto en ella. En consecuencia, y de acuerdo con la tesis adoptada por la Sala Plena Contenciosa de la Corporación en cuanto a sustracción de materia, no es de recibo el pronunciamiento inhibitorio por este concepto.

ACCION DE NULIDAD / LITIS CONSORCIO NECESARIO / Improcedencia

Tratándose de una acción de nulidad que sólo persigue la prevalencia de la legalidad objetivamente considerada y no la determinación de responsabilidades de los funcionarios públicos,

no es preciso convocar a todos los que intervinieron en la expedición de los respectivos actos para establecer su responsabilidad por culpa o dolo y, aún en el caso de que ello procediera, tampoco se presentaría una inadecuada conformación del litisconsorcio necesario, por cuanto a la luz de lo dispuesto en el artículo 78 del C.C.A. es potestativo del actor demandar conjuntamente a la entidad respectiva y a los funcionarios a quienes podría caber la aludida responsabilidad.

**ESTATUTO INTERNO / JUNTA DIRECTIVAS / Facultades / CAJA
AGRARIA / Naturaleza Jurídica / CAJA AGRARIA - Estructura /
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA / ESCALA DE
REMUNERACION / EMPLEADO OFICIAL**

La Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero de conformidad con los actos de su creación, tiene la naturaleza jurídica de sociedad de economía mixta, que se rige por las normas propias de tales instituciones, cualquiera sea la proporción en que concurra el Estado a la formación de su capital. En el caso que se estudia los estatutos demandados son los internos que en virtud de su naturaleza jurídica, deben adoptar las Juntas o concejos directivos de las sociedades de economía mixta. Cuando el literal f) del artículo 26 del Acuerdo No. 119 de 1980 faculta a la Junta Directiva para determinar la estructura administrativa de la Caja Agraria, suprimiendo las dependencias y cargos pertinentes y asignándoles funciones, es evidente que no se hace referencia a la estructura básica (naturaleza, objetivos, etc.) de la entidad, en los términos en que se expresó antes, sino a la organización de las distintas dependencias que la conforman. Por tanto, a juicio de la Sala la citada Junta podía válidamente fijar dicha estructura, ya que la Caja no se halla sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del estado, en virtud de la excepción para ella consagrada en el art. 7o. de la ley 33 de 1971, que modificó respecto de esta institución el artículo 19 del Decreto 2020 de 1968 y el 30 del Decreto 3130 de 1968. En una sociedad anónima de economía mixta, como lo indica el artículo 1o. de la ley 27 de 1981, y goza de autonomía administrativa, para disponer lo concerniente a su funcionamiento. Si bien el literal f) del artículo 26 del acuerdo 119 faculta a la Junta Directiva de la Caja para fijar la escala de remuneración y las prestaciones sociales, tal atribución sólo se le confiere en relación a los trabajadores oficiales de la Caja, más no respecto de las personas que ostentan la condición de empleados públicos y sabido es que las sociedades de economía mixta, sin

SECCION SEGUNDA

ingerencia del legislador, pueden concretar con sus trabajadores oficiales lo concerniente al salario de éstos. La facultad que respecto de las prestaciones sociales se le confiere a la Junta no es discrecional, toda vez que se le advierte que debe hacer uso de ella dentro del marco legal; lo que quiere decir, que al fijarlas no puede dejar de observar las reglas que sobre este tópico ha expedido el legislador para regular la situación de los trabajadores oficiales.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrada Ponente: *Dra. Clara Forero De Castro.*

Referencia: Expedientes Nos. 1362 y 1558 Acumulados. Decretos del Gobierno. Actor: JORGE ENRIQUE ROMERO PEREZ, JOSE JOAQUIN SARAY ROJAS Y OTROS.

El señor Jorge Enrique Romero Pérez, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., pidió al Consejo de Estado anular los siguientes actos administrativos:

a) Artículo 1o. del Decreto 301 de 4 de febrero de 1982 dictado por el señor Presidente de la República, por el cual se aprobaron los Estatutos de la "Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero", contenidos en el Acuerdo 119 del 9 de septiembre de 1980, originarios de la Junta Directiva de dicha institución, pero solamente en la parte final del literal f) del artículo 26 del Acuerdo que dice:

"...Determinar la estructura administrativa de la Entidad dentro del marco de estos estatutos, creando o suprimiendo las dependencias básicas y los cargos necesarios y señalándoles sus funciones ... y la planta de personal".

b) El Acuerdo número 534 de 12 de febrero de 1985, proferido por la Junta Directiva de la "Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero".

c) El Acuerdo No. 548 de 2 de mayo de 1985, dictado por la Junta Directiva de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

d) La Circular Reglamentaria o Reglamento Administrativo No. 69 de 23

de mayo de 1985, suscrita por el Gerente General de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. (folios 106-107. Exp. 1362).

I. Por su parte, los señores José Joaquín Saray Rojas y otros, en su propio nombre y en ejercicio de la misma acción de nulidad deprecaron del Consejo de Estado idénticas declaraciones, pero además solicitaron "... NULIDAD PARCIAL del decreto 3354 de 2 de diciembre de 1983 aprobatorio del ACUERDO No. 433 de 2 de noviembre de 1983 en su Artículo 1o. en la parte que dice:

"Los que se designen en propiedad en cualquiera de los citados cargos a partir de la vigencia de este acuerdo, estarán sometidos al régimen de los empleados públicos. Adquirirán la misma calidad de los Empleados Públicos, quienes, teniendo actualmente la condición de trabajadores oficiales por estar desempeñando cualquiera de los cargos citados en la Institución, decidan cambiar la naturaleza de su vinculación con la Caja, "emanado de la Asamblea - Accionista - Junta Directiva de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero..." (folios 1 y 2, exp. 1558)

II. Los HECHOS fundamentales de la demanda presentada por José Joaquín Saray Rojas y otros pueden resumirse así:

1.- La Asamblea Accionistas - Junta Directiva de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero expidió el Acuerdo No. 119 de septiembre 9 de 1980, cuyo artículo 26 literal f) dice: "serán funciones de la Asamblea de Accionistas - Junta Directiva además de las determinadas en la ley las siguientes: ... f) Determinar la estructura administrativa de la Entidad, dentro del mismo marco de estos Estatutos, creando o suprimiendo las dependencias básicas y los cargos necesarios y señalándoles sus funciones; igualmente establecerá las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de trabajadores oficiales y la planta de personal, así como las prestaciones sociales que estime conveniente, todo dentro del marco de la ley".

2.- La misma Asamblea, por acuerdo 534 de febrero 12 de 1985, dados los costos de su operación, suprimió en la planta básica de la institución los cargos de Inspectores Agropecuarios, Avaluadores o similares, autorizando al Gerente para vincular mediante contrato de prestación de servicios a los peritos avaluadores.

3.- Expidió también tal Asamblea el Acuerdo 548 de 2 de mayo de 1985 mediante el cual se comenzó a planear y diseñar la estructura administrativa de la Caja y en virtud de la supresión antes ordenada se realizó la

SECCION SEGUNDA

transferencia de tecnología institucional y demás funciones que antes desempeñaban los Inspectores Agropecuarios.

4.- La Gerencia de la Caja expidió la Circular Reglamentaria No. 69 (mayo 23) de 1985, mediante la cual se modificó la planta básica de la entidad tomando como fundamento la supresión de los cargos de Inspectores Agropecuarios, agregando además lo relativo a Peritos Avaluadores.

5.- "Los Acuerdos expedidos por la Asamblea - Accionistas de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, algunos de ellos, aprobados por el Decreto 301 de 4 de Febrero de 1982 fueron expedidos sin tener en cuenta las normas y disposiciones que regulan la competencia ya que es función privativa del Congreso determinar la Estructura de la Administración Nacional y entidades descentralizadas, más aún, las Juntas Directivas de las Sociedades de Economía Mixta no son cuerpos legislativos y en ningún momento pueden atribuirse (sic) funciones que legal y constitucionalmente no tienen y que pertenecen a la órbita y esfera del Legislativo".

III. En el mismo libelo se citan como normas violadas las siguientes: "Artículo 76. numerales 9o. y 10o., 44, 17, 32, 55o. C. Nal. en relación con el Artículo 3o. Ley 26 de 1976, 4o. Ley 27 de 1976, numeral 3o. Artículo 373, numeral 2o. artículo 374 así como su numeral 3o., 432 Código Sustantivo de Trabajo, artículos 27, 28 Decreto 2351 de 1965, Artículos 435, 436, Artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10o. Ley 39 de 1985, 467, 468 Código Sustantivo del Trabajo, Artículos 1o., 2o., 3o., 26 y 27 Decreto 2127 de 1945, Artículo 5o. Decreto 3135 de 1968 y Artículo 5o. Decreto 1848 de 1969". (folio 9 exp. 1558).

IV. La suspensión provisional solicitada en la demanda de Jorge Enrique Romero Pérez fue delegada mediante auto de 5 de abril de 1988 (Exp.1362, folios 106 y ss.).

La misma medida provisoria se negó en la demanda presentada por Saray Rojas y otros, mediante auto de agosto 31 de 1988 (expediente 1558, folios 235 y ss).

V. Destruídos los dos expedientes durante el incendio del Palacio de Justicia fueron reconstruidos así:

a) El correspondiente al número 1362, por auto de 9 de marzo de 1987 (folio 102), quedando en estado de decidir sobre la admisión de la demanda.

b) El correspondiente al número 1558, por auto de 23 de enero de 1987 (folio 184), quedando en estado de resolver sobre la admisión de la demanda y solicitud de suspensión provisional.

VI. A petición de la Doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado, los dos procesos fueron acumulados mediante auto de agosto 17 de 1990 (expediente 1362, folios 637 y ss.).

Surtido el trámite de rigor y sin que se observe causal de nulidad, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Antes de entrar al estudio de fondo de la cuestión planteada, es menester precisar lo siguiente:

1.- Aunque la manera como los demandantes exponen los argumentos en que basan la petición de nulidad de los actos acusados, podría hacer pensar que pretenden ejercer simultáneamente las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, como lo consideró uno de los opositores a las pretensiones formuladas por el señor Jorge Enrique Romero Pérez (folio 191 expediente número 1362) y la agencia del Ministerio Público, quienes fundamentándose en tal hecho proponen la excepción de ineptitud de a demanda e impetran fallo inhibitorio, la Sala al efectuar un análisis de las demandas concluye que no obstante esgrimiese contra los actos acusados argumentos relativos a la infracción de derechos adquiridos que no son de recibo en el contencioso objetivo, no hay duda de que tratándose de actos de carácter general que modifican los estatutos de una entidad descentralizada, que suprimen y crean cargos y disponen transferencias de tecnología, la acción pertinente es la de simple nulidad, puesto que con la infirmación de dichos actos no se logra el restablecimiento automático de supuestos derechos particulares.

Consiguientemente, no procede declarar la inhibición con base en los referidos planteamientos.

2.- Tampoco hay lugar a hacer tal declaración como lo requiere el mismo impugnante, alegando sustracción de materia debido a que el literal f) del Artículo 26 del Acuerdo No. 119 de 1980 fue modificado por el Acuerdo No. 683 de 1987 de la Junta Directiva de la Caja, aprobado por el Decreto No. 982 del mismo año, por cuanto tal literal es sólo una de las normas demandadas y porque además tuvo amplias repercusiones en el ámbito jurídico, tanto que algunos de los otros actos acusados se fundamentaron en lo dispuesto en ella. En consecuencia, y de acuerdo con la tesis adoptada por la Sala Plena Contenciosa

SECCION SEGUNDA

de la Corporación en cuanto a sustracción de materia, no es de recibo el pronunciamiento inhibitorio por este concepto.

3.- El hecho de no acompañar con la demanda sendas copias de esta y sus anexos para aquellas personas que a discrecionalidad del Consejo de Estado, el señor Romero Pérez pidió vincular al proceso, así como la ausencia de responsabilidad de ellas en la supuesta expedición irregular de los actos acusados, no impide el conocimiento de fondo de la controversia planteada, como lo impetra el señor Mauricio Alfredo Fajardo Gómez al oponerse a las súplicas de Jorge Enrique Romero Pérez, toda vez que se trata de una errónea apreciación de dicho accionante que consideró que podía atribuirseles responsabilidad a algunos funcionarios que intervinieron en la expedición de los actos demandados, equivocación que no tiene la transcendencia que pretende atribuirsele, y menos tratándose de la acción pública de nulidad.

Por otra parte, siendo estos procesos reconstruidos, no se ha establecido que al presentar la demanda no se hubieran suministrado las copias.

4.- No existe en el caso *sub-examine* indebida integración del *litis consorcio* necesario, como también lo sugiere el señor Fajardo Gómez, ya que, tratándose de una acción de nulidad que sólo persigue la prevalencia de la legalidad objetivamente considerada y no la determinación de responsabilidades de los funcionarios públicos, no es preciso convocar a todos los que intervinieron en la expedición de los respectivos actos para establecer su responsabilidad por culpa o dolo y, aún en el caso de que ello procediera, tampoco se presentaría una inadecuada conformación del litisconsorcio necesario, por cuanto a la luz de lo dispuesto en el artículo 78 del C.C.A. es potestativo del actor demandar conjuntamente a la entidad respectiva y a los funcionarios a quienes podría caber la aludida responsabilidad.

Es preciso tener en cuenta que en la sentencia que pone fin a un proceso de simple nulidad, no cabe ninguna condena.

5.- Tampoco debe hablarse en este proceso de caducidad porque la acción que se ejercita es la de simple nulidad o contencioso objetivo, que puede incoarse en cualquier tiempo.

En cuanto al fondo de la controversia, se tiene:

1.- Impugnación del literal f) del artículo 26 del acuerdo No. 119

de 1980, aprobado por el decreto 301 de 1982, que en su totalidad fue demandado por José Joaquín Saray Rojas y otros.

Su texto es:

Artículo 26: **Funciones:** Serán funciones de la Asamblea de Accionistas-Junta Directiva además de las determinadas por la ley las siguientes:

...
 f) Determinar la estructura administrativa de la entidad dentro del mismo marco de estos estatutos, creando o suprimiendo las dependencias básicas y los cargos necesarios y señalándoles sus funciones; igualmente establecerá las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de trabajadores oficiales y la planta de personal así como las prestaciones sociales que estime conveniente todo dentro del marco de la ley. (folio 45. Exp. # 1558. Pág. 488 Diario Oficial).

Alegan los accionantes que con la expedición de esta norma se infringió lo dispuesto en los ordinales 9) y 10) del artículo 76 de la Constitución Política de 1886, por cuanto la Junta Directiva de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero carecía de competencia para ello, pues corresponde al Congreso por medio de leyes determinar la estructura de la administración nacional, entendiendo como tal la fijación de manera precisa de los órganos de mando, sus funciones generales, clasificación de empleos oficiales, etc., de manera, que a ese órgano de dirección le estaba vedado **suprimir** los cargos de **Inspectores Agropecuarios**, “dando la posibilidad de que los particulares establezcan, la naturaleza de vinculación con la Caja pudiendo cambiar el status de trabajadores oficiales por el de Empleados Públicos”, (folio 27. Exp. 1558), y establecer las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de trabajadores oficiales y sus prestaciones sociales, puesto que no podía hacer “caso omiso, de que estas funciones están reservadas y pertenecen a la órbita y esfera del Legislativo pues no se encontrará disposición legal alguna en la Constitución Nacional que faculte expresamente a las Juntas Directivas de las Sociedades de Economía Mixta a legislar en cuanto a las condiciones para la creación, SUPRESION, fusión de cargos así como acceso al servicio, clasificación y remuneración de los empleos, primas o bonificaciones, gastos de representación, viáticos, horas extras, prestaciones sociales y en general, determinar la Estructura de la administración de esa Sociedad de Economía Mixta-Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero” (folio 29, Exp. 1558).

De igual modo estiman los actores que la Junta Directiva de la Caja pasó por alto que la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable el artículo 38 del

SECCION SEGUNDA

Decreto 3130 de 1968 que confería tales prerrogativas a los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta, pues convertía en legisladores a esos órganos de dirección.

Conforme a lo establecido en los ordinales 9) y 10) del artículo 76 de la Carta Política anterior, compete al Congreso por medio de leyes 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 empleos, así como el régimen de las prestaciones sociales: igualmente tenía la atribución para expedir los estatutos básicos de las corporaciones regionales de los establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta y de las empresas industriales y comerciales del Estado.

A este respecto la Sala observa:

La Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero de conformidad con los actos de su creación, ley 57 de 1931 y aquellos que la reestructuran Ley 33 de 1971 y Decreto 133 de 1976, en armonía con el Decreto 130 de 1976, tiene la naturaleza jurídica de sociedad de economía mixta, que se rige por las normas propias de tales instituciones, cualquiera sea la proporción en que concurra el Estado a la formación de su capital (Artículo 7o. de la citada ley 33 de 1971).

En el caso que se estudia los estatutos demandados no son los básicos u orgánicos de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, que están constituidos por el conjunto de normas que señalan la estructura misma de la entidad, su naturaleza, objeto, funcionamiento, etc., los cuales debían ser expedidos, como lo fueron, por el legislador; sino de los estatutos internos que en virtud de su naturaleza jurídica, deben adoptar las Juntas o consejos directivos de las sociedades de economía mixta.

Ahora bien, cuando el literal f) del artículo 26 del Acuerdo No. 119 de 1980 faculta a la Junta Directiva para determinar la estructura administrativa de la Caja Agraria, suprimiendo las dependencias y cargos pertinentes y asignándoles funciones, es evidente que no hace referencia a la estructura básica (naturaleza, objetivos, etc.) de la entidad, en los términos en que se expresó antes, sino a la organización de las distintas dependencias que la conforman. Por tanto, a juicio de la Sala la citada Junta podía válidamente fijar dicha estructura, ya que la Caja no se halla sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del estado, en virtud de la excepción para ella

consagrada en el artículo 7o. de la ley 33 de 1971, que modificó respecto de esta institución el artículo 19 del Decreto 2420 de 1968 y el 3o. del Decreto 3130 de 1968.

Es una sociedad anónima de economía mixta, como lo indica el artículo 1o. de la ley 27 de 1981, y goza de autonomía administrativa, para disponer lo concerniente a su funcionamiento.

Por tanto, nada tiene que ver el ejercicio de esta facultad conferida por los estatutos a la junta directiva con el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, artículo que se refería a establecimientos públicos y empresas Industriales y comerciales del estado.

Si bien el literal f) del artículo 26 del acuerdo 119 faculta a la Junta Directiva de la Caja para fijar la escala de remuneración y las prestaciones sociales, tal atribución sólo se le confiere en relación con los trabajadores oficiales de la Caja, más no respecto de las personas que ostentan la condición de empleados públicos y sabido es que las sociedades de economía mixta, sin ingerencia del legislador, pueden concretar con sus trabajadores oficiales lo concerniente al salario de éstos.

De otro lado, la facultad que respecto de las prestaciones sociales se le confiere a la Junta no es discrecional, toda vez que se le advierte que debe hacer uso de ella dentro del marco legal; lo que quiere decir, que al fijarlas no puede dejar de observar las reglas que sobre este tópico ha expedido el legislador para regular la situación de los trabajadores oficiales.

En relación con estas materias y específicamente en lo atinente a la creación y supresión de cargos, en el auto fechado el 15 de abril de 1988, por el cual se admitió la demanda entablada por Jorge Enrique Romero Pérez y se negó la suspensión provisional de los actos acusados, se dijo:

“En general, la facultad de crear, suprimir y fusionar empleos no está atribuida en la Constitución al Congreso, sino al Presidente de la República en el ordinal 21 de] artículo 120 de la C.N. y en tratándose de entidades descentralizadas que tienen autonomía administrativa y se manejan en muchos aspectos con sujeción al derecho privado, en cuanto a creación y supresión de empleos y manejo de planta de personal, se ha dicho que para atender los fines que les son propios, las juntas directivas disponen, en principio, de facultades a este respecto”.

De igual modo cabe recalcar que en relación con el régimen salarial de los servidores de las sociedades de economía mixta, debe distinguirse entre las

SECCION SEGUNDA

escalas de remuneración de los empleados públicos (personas que desempeñan actividades de dirección y confianza señaladas en los estatutos - inciso 2 artículo 5o. decreto 3135 de 1968), y la de los trabajadores oficiales, calidad que ostenta la generalidad del personal de la Caja Agraria y a quienes se refiere el literal f) del Artículo 26 del Acuerdo No. 119 de 1980, pues tratándose de éstos últimos su régimen se compendia en las garantías mínimas fijadas por la ley y lo estipulado entre las partes. (Contrato de trabajo, convenciones colectivas y laudos arbitrales).

Asímismo debe advertirse que en lo atinente a las prestaciones sociales de dichos trabajadores (oficiales), al tenor de lo previsto en el artículo 7o. del decreto 1848 de 1969, las mínimas que las entidades descentralizadas deben reconocerles son las establecidas en el decreto 3135 de 1968, y las normas que lo adicionan y modifican, pues constituyen los mínimos derechos y garantías en favor de los servidores públicos.

En este orden de ideas y habida consideración que la Junta Directiva de la Caja Agraria podía determinar la escala de remuneración y las prestaciones sociales **de los trabajadores oficiales de la entidad, dentro del marco legal**, vale decir, con sujeción a la preceptiva jurídica que regula la materia; y que también podría válidamente crear y suprimir los cargos que considerara necesarios, pues se somete predominantemente a las reglas del derecho privado contenidas en el Código de Comercio, fuerza concluir que dicho literal no transgrede la normatividad invocada por los actores y se ajusta a derecho.

2.- Nulidad de los acuerdos Nos. 534, 548 de 1985 y de la Circular # 069 de 1985.

Por medio del acuerdo primeramente mencionado se suprimen de la planta de personal de la Caja Agraria los cargos de Inspectores Agropecuarios, Avaluadores o similares, con excepción de los asignados al subprograma DRI; se autoriza al Gerente General de la entidad para vincular mediante contrato de prestación de servicios el personal de peritos avaluadores que se requiera para lograr la normal colocación del crédito y la administración de la cartera, y finalmente, para establecer los requisitos básicos de dicho personal. (folios 198-199, exp. # 1558).

Mediante el acuerdo 548 se efectúa la transferencia de tecnología institucional- para los pequeños y medianos productores del servicio de crédito de la Caja a través de Unidades Técnicas de Planta y particulares, se crean los cargos de Promotor de Desarrollo Rural que serían desempeñados por el personal que ocupaba los de Inspectores Agropecuarios, Avaluadores y similares; se prevé que la Unidad Técnica efectuará el control de inversiones de los créditos

otorgados y se faculta al Gerente General para adecuar la estructura de la Unidad de Investigaciones, Planeación y Asistencia Técnica y las Unidades Técnicas Regionales; para que efectúe los nombramientos y traslados pertinentes y para expedir las normas que permitirán el adecuado funcionamiento del sistema, (folio 200 y ss. exp. # 1558).

La impugnación de estos actos se planteó en forma conjunta y general con la de la Circular Reglamentaria No. 069 de 1985, acto este último por medio del cual, teniendo en cuenta que la Junta Directiva había suprimido los cargos de Inspectores Agropecuarios, Avaluadores o similares y había creado las Unidades Técnicas Regionales, se concretaron las pautas para seleccionar los funcionarios que como Promotores de Desarrollo integrarían las Unidades Técnicas Regionales; se crearon los cargos de Oficial X para ubicar a las personas que se desempeñaban como Inspectores Agropecuarios que no hubieren sido designados como Promotores de Desarrollo; se señalaron las funciones de dichos oficiales; se fijaron las condiciones para la vinculación de los Peritos Avaluadores y se determinó la forma de contabilización de las comisiones por avalúos y gastos de Peritos.

Como la censura a éstos actos gira en torno a la incompetencia de la Junta Directiva de la Caja - Asamblea de Accionistas -, para suprimir y crear cargos, porque esa función compete al Congreso, la Sala se remite a lo expuesto ya en esta providencia sobre el particular, en el sentido de que por regla general en las sociedades de economía mixta, esa atribución radica en dicho órgano directivo, pues dada la autonomía y flexibilidad que deben tener para el manejo de su personal, lo que es propio del grado de descentralización que ostentan, ya que se manejan como las de los particulares, lo indicado es que las Juntas Directivas, conocedoras de los requerimientos del personal necesario para el cumplimiento de las tareas que deben desarrollar, definan qué cargos son indispensables a esos fines y la manera como deben prestarse los servicios que les han sido encomendados.

Y esto fue lo que hizo la Junta Directiva -Asamblea de Accionistas- de la Caja Agraria al suprimir los empleos de Inspectores Agropecuarios, Avaluadores y similares y crear los de Oficial X y disponer que quienes desempeñaban los primeros fueran ubicados como Promotores de Desarrollo y, en su defecto, como Oficial X.

De otro lado, las disposiciones sobre transferencia de tecnología y la determinación de funciones a las Unidades Técnicas Regionales y a la Unidad de Investigaciones de la Caja así como lo relativo a la contabilización de las comisiones por avalúos y al cobro de tarifas por avalúos, son cuestiones de índole administrativa internas de la entidad, que como tal atañen a sus órganos

SECCION SEGUNDA

de dirección -Junta Directiva- Director General, pues la Caja como sociedad de economía mixta, posee sus propios y específicos sistemas de funcionamiento y administración, en los cuales no es dable la intervención del legislador, porque con ello se desvirtuaría su naturaleza de entidad oficial descentralizada, sometida predominantemente a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley, como lo dispone el artículo 2o. del Decreto 130 de 1976.

De otra parte, cabe señalar que en el caso sub-examine no se da la infracción del artículo 138 del derogado decreto 150 de 1976 definitorio del contrato de prestación de servicios y mediante el cual se establecía que este no podía celebrarse para el ejercicio de funciones públicas, en virtud de que conforme el artículo 1o. del citado decreto, sus normas se aplican a los contratos en él regulados que celebren la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos y los establecimientos públicos), y a las sociedades de economía mixta sólo les son aplicables las normas concernientes a los contratos de empréstitos y de obras públicas y las demás que expresamente se refieran a dichas entidades. De suerte que como las disposiciones relacionadas con los contratos de prestación de servicios no aluden a esas entidades descentralizadas, ello significa que a la Caja Agraria, no le obliga su observancia.

Resta agregar que los argumentos de los demandantes relacionados con la violación de la Convención Colectiva vigente entre la Caja Agraria y sus Trabajadores Oficiales y de los contratos de trabajo que tenía celebrados con las personas que se desempeñaban como Inspectores Agropecuarios, Avaluadores y similares, no son de recibo en esta contención, por cuanto la acción que se ejercitó es la de nulidad y, de acuerdo con sus características y finalidades al juzgador sólo le es permitido el análisis acerca de la constitucionalidad o legalidad del acto, independientemente de las situaciones individuales y concretas que se hubieren derivado de su aplicación, pues la sentencia que se profiera no puede referirse a derechos particulares, ya que es simplemente declarativa.

Por otra parte, los actos acusados no modifican contratos individuales de trabajo sino la planta de personal de la entidad.

El reclamo de los derechos que por la supresión de los referidos cargos se pudieran vulnerar, deberá hacerse a través de otras acciones y ante la jurisdicción ordinaria.

Conclúyese de lo expuesto, que los actos acusados no transgreden las disposiciones citadas en las demandas acumuladas.

3.- Nulidad parcial del decreto No. 3354 de 2 de diciembre de 1983, aprobatorio del acuerdo No. 433 de 2 de noviembre de ese año, en la parte que reza:

“Los que se designen en propiedad en cualquiera de los citados cargos a partir de la vigencia de este Acuerdo, estarán sometidos al régimen de los empleados públicos. Adquirirán la misma calidad de empleados públicos, quienes teniendo actualmente la condición de trabajadores oficiales por estar desempeñando cualquiera de los cargos citados en la institución, decidan cambiar la naturaleza de su vinculación con la Caja”.

Los demandantes estiman que por su vaguedad, imprecisión y ambigüedad, la norma transcrita es violatoria del artículo 5o, del decreto 3135 de 1968 que exige “Precisión para saber quiénes son empleados públicos, ya que la existencia de estos, constituye la excepción no la generalidad; más grave aún, el precepto acusado deja abierta la posibilidad de que el trabajador oficial actual de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero cambie esa condición por la de empleado público, es decir, que la simple manifestación de voluntad dejaría sin efecto el mandato contenido en el artículo 5o., decreto 3135 de 1968 que establece de manera imperativa, por vía de excepción, que sólo habrá empleados públicos cuando los **ESTATUTOS ASI LO PRECISEN**”. (Folio 39, exp. # 1558).

La Sala observa que aisladamente considerado el aparte del artículo 1o. del acuerdo 433 de 1983 demandado, puede aparecer como impreciso y ambiguo.

Empero analizándolo como parte integrante de todo un precepto, se entiende su verdadero alcance y significación.

El artículo citado reza:

“Reformar el artículo 32 de los estatutos de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, el cual quedará así: Todas las personas que prestan sus servicios a la Caja son trabajadores oficiales y, por lo tanto estarán sometidos al régimen legal vigente para los mismos, a excepción del siguiente personal que tendrá la calidad de empleado público, además del Gerente General, conforme al artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968: Subgerentes, Asistentes de Subgerencia, Directores de Departamento, Piloto 1, Asistente de Gerencia General, Asesor de Gerencia General, Asesores Especiales, Jefes de Unidad, Asistente de Unidad, Secretario General, Secretario Privado de Gerencia General, Delegado Especial Subgerencia de Crédito, Auditor General, Secretario Auditoría, Asistente Auditoría General, Secretario Auxiliar, Gerentes regionales, zonales y locales, Subgerente de sucursal, zonales, locales, y de provisión agrícola.

SECCION SEGUNDA

Lo anterior no implica desconocimiento de ningún derecho adquirido. Por tanto, quienes actualmente desempeñen los cargos señalados en calidad de trabajadores oficiales, conservarán esa calidad. Los que se designen en propiedad en cualquiera de los citados cargos a partir de la vigencia de este Acuerdo, estarán sometidos al régimen de los empleados públicos. Adquirirán la misma calidad de empleados públicos, quienes, teniendo actualmente la condición de trabajadores oficiales por estar desempeñando cualquiera de los cargos citados en la institución, decidan cambiar la naturaleza de su vinculación con la Caja". (folio 163., exp. # 1558. pág. 1206 Diario Oficial).

A juicio de la Sala en la normal transcrita, de una manera clara se puntualiza que servidores de la Caja Agraria tienen el carácter de empleados públicos y cuáles, por ser la regla general, el de trabajadores oficiales. No hay vaguedad en esto.

La competencia que tiene la Junta Directiva para hacer la clasificación de los empleos, competencia que no se agota y es indefinida en el tiempo, no se está trasladando a los trabajadores. Lo que ocurre es, que una vez hecha la clasificación por la Junta, el cambio de situación de trabajadores oficiales a empleados públicos, por disponerlo así el artículo, solo opera para quienes sean nombrados en el futuro. Los que ocupan los cargos allí enumerados, conservan su calidad de trabajadores oficiales, a menos que opten por cambiar la naturaleza de su vinculación.

Dicho con otras palabras, en aras del respeto de un supuesto derecho adquirido de las personas que en calidad de trabajadores oficiales desempeñaban en el momento en que el acuerdo entró en vigencia los cargos allí referenciados, se les permitió conservar ese carácter, pero dejándolos en libertad para optar voluntariamente por la condición de empleados públicos, lo cual no entraña la infracción del Artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968. Es decir, que a la luz de esta disposición, no procede la nulidad de este acto.

Infiérese de lo expuesto, que las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar, puesto que los actos acusados no quebrantan las normas invocadas por los accionantes.

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:

Niéganse las pretensiones de las demandas presentadas por Jorge Enrique Romero Pérez, José Joaquín Saray Rojas y otros, a fin de obtener la nulidad parcial de los decretos 301 de 1982 y 3354 de 1983 aprobatorios de los Acuerdos números 119 de 1980 y 443 de 1983 de la Junta Directiva de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, de los Acuerdos números 534 y 548 de 1985 de la misma Junta y de la Circular Reglamentaria No. 069 de 1985 de la Dirección General de la mencionada entidad.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

El anterior proyecto fue discutido y aprobado por la Sala en sesión celebrada el 25 de marzo de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruíz, , Carlos A. Orjuela Góngora, Alvaro Lecompte Luna, , Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

**MINISTERIO DE TRABAJO - Funciones / PODER DE POLICIA
ADMINISTRATIVA - Límites / CONTROVERSIAS JUDICIALES /
RAMA JUDICIAL / COMPETENCIA.**

A las autoridades del Ministerio de Trabajo en ejercicio del poder de policía administrativa que les confiere el decreto 2351 de 1965, sólo les corresponde funciones de vigilancia, protección, control y prevención en el campo laboral, cosa muy distinta al conocimiento y decisión de controversias de índole jurídica, que son de competencia exclusiva de la rama judicial. Y es incuestionable muy en el caso *sub-lite*, que los actos administrativos enjuiciados entraron a dirimir un litigio, que trajo como consecuencia que las referidas autoridades interpretaran disposiciones legales y convencionales en las resoluciones acusadas, las cuales no contienen simplemente decisiones administrativas, sino que son verdaderas providencias que al definir una controversia jurídica declaran un derecho a favor de los trabajadores a destajo, lo que les está vedado expresamente por el art. 41 del decreto 2351 de 1965 que les señala el ámbito para el ejercicio de las funciones de policía administrativa. Es deber de las autoridades de trabajo procurar el cumplimiento de las normas sustantivas laborales, correspondiéndoles una función fundamentalmente preventiva y de vigilancia que en algunos casos se torna coercitiva frente a derechos ciertos e indiscutibles, pero nunca respecto a aquellos que, por no tener estas características, son objeto de controversia o conflicto cuya resolución, corresponde a la autoridad jurisdiccional competente.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 4527 Resoluciones Ministeriales. Actor:
VOLTA S.A. INDUSTRIA ELECTRICA

Volta S.A. Industria Eléctrica, por intermedio de apoderado, presentó demanda ante el Consejo de Estado para que se declare la nulidad de las resoluciones Nos. 303 del 2 de noviembre de 1988 y 331 del 20 de diciembre del mismo año expedidas por la Jefe de la Sección de Visitaduría de Trabajo; asimismo, pidió la nulidad de la resolución No. 009 del 12 de abril de 1989, proferida por la Jefe de la División de Inspección de Trabajo (folio 51)

A título de restablecimiento del derecho, se solicita que no se conmine con multa de 10 salarios mínimos a la citada empresa, teniendo en cuenta que los funcionarios del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social no están facultados, según el numeral 1 del artículo 41 del decreto ley 2351 de 1965 convertido en norma permanente por el artículo 3 de la ley 48 de 1968, para definir controversias cuyas decisiones están atribuidas a los jueces, según el artículo 2º del Código Procesal Laboral.

En el capítulo relacionado con las normas violadas y el concepto de la violación, se afirma que se ha infringido en forma manifiesta el artículo 41 del decreto 2351 de 1965, que prohíbe a los funcionarios del Ministerio de Trabajo definir derechos, tarea señalada por la Constitución y la ley a la Rama Jurisdiccional, según el artículo 2 del referido código, en armonía con los artículos 373, numeral 3, 475 y 476 del Código Sustantivo del Trabajo; que se ha desconocido por interpretación errónea la cláusula 3, numeral 1, de la convención colectiva de trabajo y los artículos 467 y 468 del mencionado código, en virtud de que los actos enjuiciados han dado un alcance que no tiene dicha cláusula; que si las convenciones colectivas tienen la finalidad de establecer las condiciones que han de regir los contratos de trabajo durante su vigencia, no se les puede atribuir a tales convenciones más derecho y obligaciones a cargo de la empresa, que excedan los términos de las mismas; que se observa que las autoridades del trabajo que expidieron las resoluciones impugnadas hicieron una calificación defectuosa de los motivos que se invocaron para que se revocara la conminación hecha a Volta S.A., Industria Eléctrica, al no considerarse los argumentos que conllevan a la demostración del cumplimiento de la cláusula 3 de la convención, toda vez que se aumentó los salarios a quienes tenían salario básico, pues el reclamo del sindicato alude a trabajadores que no tienen salario básico; que esa apreciación determinó que se interpretara erróneamente la norma, dándole un alcance diferente al que se desprende racionalmente de su texto, por cuanto no se expresa la obligación para la empresa de aumentar en la proporción pretendida los salarios de los empleados vinculados por contrato de trabajo con salario

SECCION SEGUNDA

básico; que de lo anterior se desprende que la comentada cláusula debe analizarse en su contenido exacto, pues el numeral 1 de ésta hace mención al aumento de salarios básicos pero no a aumento de salarios variables, como lo es el salario a destajo; que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al comentar el artículo 141 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el salario básico fijo no es igual al salario a destajo; que por ende, querer ampliar la convención para comprender a quienes no tienen salario básico, constituye un conflicto, por lo menos de interpretación del alcance de la disposición, para cuyo efecto están estatuidos los jueces, por lo que no es de competencia del Ministerio de Trabajo, como se infiere del artículo 41 del decreto 2351 de 1965 (folios 52 a 55).

En el escrito introductorio se pidió la suspensión provisional de los actos administrativos acusados (folio 52), la cual fué negada por auto de 19 de septiembre de 1989 (folios 58 a 60), pues la Sala consideró que debido a la complejidad de la cuestión debatida en el proceso, no encaja dentro de la posibilidad jurídica de encontrar una manifiesta violación de norma superior, mediante una sencilla comparación.

El apoderado del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Metalmeccánica, Metálica, Metalúrgica y Siderúrgica "SINTRAIME" se opone a las pretensiones del escrito introductorio, teniendo en cuenta que la convención colectiva de trabajo determina un criterio general, salvo para los trabajadores que tengan el carácter de personal directivo; que por consiguiente, es evidente que la empresa no podía so pretexto de una interpretación subjetiva, excluir del aumento salarial a una parte de sus empleados; que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social al multar a la empresa por el incumplimiento de la convención lo hizo dentro de su función de policía administrativa; que así las cosas no se están declarando derechos subjetivos ni produciendo condenas, sino simplemente constatando una situación fáctica, ante la cual procedía una acción correctiva; que de otro lado se plantea la excepción de falta de integración del litis consorcio necesario, debido a que la convención colectiva de trabajo fué suscrita no sólo por la empresa demandante y "SINTRAIME", sino también por "SINTRAVOL" y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Metálica y Electrometálica; que igualmente la decisión que se adopte sobre la nulidad de las resoluciones enjuiciadas afectaría a los trabajadores de la empresa, remunerados por ella a través del sistema a destajo (folios 78 a 85, 248 y 249).

La doctora Fiscal Novena del Consejo de Estado, en su concepto de 14 de marzo de 1991 (folios 250 a 252), manifiesta que en el caso *sub-lite* se configura la causal de nulidad procesal consagrada en el artículo 140, numeral 2, del Código de Procedimiento Civil; que para la fecha en que fué instaurada la demanda, el aspecto atinente a las cuantías se regulaba por el decreto 597 de 1988; que de conformidad con las disposiciones pertinentes, el Consejo de

Estado conoce privativamente y en única instancia de los de los procesos de restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía en los cuales se controvertan actos administrativos de carácter nacional; que esta Corporación no es competente para conocer de este asunto, por tratarse de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho con cuantía determinada, como se desprende de las pretensiones del actor y de las resoluciones acusadas; que en consecuencia es procedente se declare la nulidad del proceso a partir del auto admisorio del libelo y se ordene su remisión al Tribunal competente.

Llegado el momento de proferir sentencia a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar en el caso *sub-judice* la legalidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 303 del 2 de noviembre de 1988, proferida por la Jefe de la Sección de Visitaduría de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por la cual en su artículo primero se decide "CONMINAR a la empresa Volta S.A. Industria Eléctrica, con domicilio en Bogotá D.C con multa de diez (10) salarios mínimos legales en caso de incumplimiento para que, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, corrija con sus trabajadores al destajo, lo concerniente a la aplicación del texto convencional, sobre el denominado desmejoramiento salarial, definiendo el propósito de la labor ejecutada y las reglas a seguir, entendiendo el desacato a lo consignado, como violación de normas extralegales de trabajo, y de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución." (folios 15 a 18).

- Resolución No. 331 del 20 de diciembre de 1988, expedida por la citada funcionaria, mediante la cual se dispuso no reponer la resolución No. 303 del mismo año y conceder ante la Jefe de la División de Inspección de Trabajo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la empresa Volta S.A., Industria Eléctrica. (folios 11 a 14).

- Resolución No. 009 del 12 de abril de 1989, dictada por la Jefe de la mencionada división, mediante la cual en su artículo primero se ordena "Modificar la Resolución No. 303 del 2 de noviembre de 1988 en su artículo primero, proferida por la sección de Visitaduría de Trabajo, en el sentido de conminar a la Empresa La Volta S.A. Industria Eléctrica con domicilio en la ciudad de Bogotá D.E., con multa de diez (10) veces el salario mínimo legal, en caso de incumplimiento, para que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la

SECCION SEGUNDA

ejecutoria del presente proveído acredite el cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula tercera, numeral primero de la convención colectiva de trabajo 1988, según lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.” (folios 7 a 10).

Como consta en el proceso, los actos administrativos impugnados tuvieron origen en la queja formulada por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Metal Mecánica, Metálica, Metalúrgica y Siderúrgica “SINTRAIME” ante autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social contra la Empresa Volta S.A: Industria Eléctrica, por violación de cláusulas de la convención colectiva de trabajo vigente, por no haber hecho dicha empresa aumento de salarios a trabajadores que laboran a destajo (folios 94 y 95).

Previamente al análisis de la controversia jurídica planteada dentro del proceso, la Sala debe expresar que no comparte la petición hecha por la agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo, en el sentido de que se debe declarar la nulidad del proceso a partir del auto admisorio de la demanda, ordenar su remisión al Tribunal competente, pues las resoluciones acusadas no están aplicando o decretando multa alguna a la empresa demandante, sino conminándola, vale decir, advirtiéndole que en el evento de que no de cumplimiento a lo ordenado en tales actos, será objeto de la multa que en ellos se menciona. En consecuencia, se trata de un caso de competencia del Consejo de Estado en única instancia, por tratarse de un proceso sin cuantía y haber sido dictadas las resoluciones enjuiciadas, por autoridades del orden nacional.

De otro lado, el apoderado de “SINTRAIME” planteó una excepción por falta de integración del *litis consorcio* necesario, “debido a que la Convención Colectiva de Trabajo fué suscrita no sólo por la empresa Volta S.A. Industria Eléctrica y en sindicato que representó, sino también por los sindicatos denominados “SINTRAVOL” y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Metálica y Electrometálica”, y además porque la decisión que se adopte en el caso *sub-lite*, afectaría a los trabajadores de dicha empresa, remunerados mediante el sistema a destajo.

Sobre el particular, la Corporación considera que la comentada excepción no está llamada a prosperar, pues como se establece en el expediente, al ser admitida la demanda, se ordenó su notificación a SINTRAIME, según auto de 19 de septiembre de 1989 (folios 58 y 62), organización sindical que compareció al proceso mediante apoderado idóneo, a quien se le reconoció personería por auto del 6 de diciembre del mismo año, (folio 87), en razón de haber sido SINTRAIME la persona jurídica que formuló la queja ante autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la cual dió lugar a los actos administrativos objeto del proceso.

Así las cosas, bastaba hacer comparecer al proceso a la citada organización sindical, como en efecto se hizo.

Ahora bien, en cuanto al fondo del asunto, se observa que la jefe de la Sección de Visitaduría de Trabajo manifiesta en la resolución acusada No. 331 de 1988, que la cláusula tercera de la convención colectiva no excluye a los trabajadores que devengan un salario no fijo, como lo es el variable o el de la modalidad a destajo; que considerar, como lo hace el apoderado de la empresa, que el salario en la modalidad de variable no es salario básico, constituye un grave error; que el salario básico u ordinario, sin las adehalas que implican las sumas que representan factores salariales, acorde con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, tanto el salario fijo como el variable y a destajo se consideran despojados de dichos factores, como contraprestaciones a labores ejecutadas en horas extras, nocturno, días de descanso legal, primas convencionales, etc.; constituyen salario básico el ordinario en cuanto se le considera sin la suma de los factores, resulta lógico concluir que la cláusula tercera de la convención incluye también a los trabajadores que devengan un salario no fijo; que en el caso sub-exámene está demostrado que algunos trabajadores de manera injustificada habían sido excluidos de los aumentos salariales, por lo que la violación de la convención es evidente; que este asunto no entraña conflicto jurídico alguno que impida ejercer a las autoridades del trabajo las funciones consagradas en el artículo 41 del decreto 2351 de 1965 (folios 13 y 14).

Y en la resolución impugnada No. 009 de 1989, expedida por la Jefe de la División de Inspección de Trabajo, se expresa:

“Entonces surge en forma clara y sin ninguna clase de equívocos como se desprende del ligamen entre la empresa y sus trabajadores a destajo en que el salario básico estipulado por la norma convencional es para todos y cada uno de los trabajadores vinculados con Volta S.A. Industria Eléctrica; al no tipificarse en la norma convencional los cargos exceptuados en la cláusula segunda es lógico concluir sin lugar a dudas en que la empresa deberá dar total aplicación a la cláusula tercera en cuanto a los aumentos salariales de sus trabajadores contratados en la forma convenida”:
(folio 9).

Por su parte el señor apoderado de la empresa Volta S.A. sostiene que las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no sólo excedieron sus atribuciones de policía laboral administrativa, sino que interpretaron en forma errónea los alcances de la convención pues la empresa no está obligada a aumentar los salarios de los empleados vinculados por contrato de trabajo que por devengar un salario variable no perciben salario básico, como es el caso de los trabajadores a destajo.

SECCION SEGUNDA

Como es sabido, los funcionarios del Ministerio del trabajo y Seguridad Social aunque fueron facultados por el artículo 41 de decreto ley 2351 de 1965 para "ordenar las medidas preventivas que consideren necesarias... para impedir que se violen las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión...", no fueron autorizados "para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión está atribuida a los jueces, aunque sí para actuar en esos casos como conciliadores".

Y esto último, en consideración a la Sala, fué lo que hicieron las autoridades del Ministerio de Trabajo al expedir los actos impugnados por la empresa demandante, pues entraron a dirimir un conflicto que es competencia del juez laboral, toda vez que existía una controversia jurídica entre dicha empresa y sus trabajadores a destajo, respecto a si ellos tienen o no un salario básico que les haga aplicable el aumento previsto en el artículo 3o. de la convención colectiva de trabajo.

En efecto, a las autoridades del Ministerio de Trabajo en ejercicio del poder de policía administrativa que les confiere el decreto 2351 de 1965, sólo les corresponden funciones de vigilancia, protección, control y prevención en el campo laboral, cosa muy distinta al conocimiento y decisión de controversias de índole jurídica, que son de competencia exclusiva de la rama judicial. Y es incuestionable en el caso *sub-lite*, que los actos administrativos enjuiciados entraron a dirimir un litigio, que trajo como consecuencia que las referidas autoridades interpretaran disposiciones legales y convencionales en las resoluciones acusadas, las cuales no contienen simplemente decisiones administrativas, sino que son verdaderas providencias que al definir una controversia jurídica declaran un derecho a favor de los trabajadores a destajo, lo que les está vedado expresamente por el referido artículo 41, que les señala el ámbito para el ejercicio de las funciones de policía administrativa.

Es indudable que constituye deber de las autoridades de trabajo procurar el cumplimiento de las normas sustantivas laborales, correspondiéndoles una función fundamentalmente preventiva y de vigilancia, que en algunos casos se torna coercitiva frente a derechos ciertos e indiscutibles, pero nunca respecto a aquellos que, por no tener estas características, son objeto de controversia o conflicto, cuya resolución, como se anotó, corresponde a la autoridad jurisdiccional competente.

Así las cosas, asiste razón a la parte actora en los planteamientos hechos en el escrito introductorio, motivo por el cual las súplicas formuladas en el *libelo* 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:

Declarase la nulidad de las resoluciones Nos. 303 del 2 de Noviembre de 1988, 331 del 20 de diciembre del mismo año y 009 del 12 de abril de 1989, proferidas por autoridades del Ministerio del Trabajo, en el proceso incoado por la empresa Volta S.A. Industria Eléctrica.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 25 de marzo de 1993.

Diego Younes Moreno, (ausente); Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

MINISTERIO PUBLICO / JORNADA LABORAL

La circular acusada no podía poner a trabajar a los Fiscales y a sus empleados cuando el juez y sus subalternos estuvieren descansando porque sin necesidad de ley específica para estos era suficiente el nuevo horario establecido para los jueces de acuerdo con los mandatos de la Carta, contenido en el inciso tercero del art. 142. De otro lado, atendidas las funciones de la Viceprocuraduría General de la Nación establecidas en la ley 25 de 1974, entre ellas no está la de fijar o establecer horario de trabajo alguno, ni facultad alguna de administración de personal, como para que fuera legítima la circular acusada. **ANULA LA CIRCULAR No 006 DEL 2 DE OCTUBRE DE 1989, EMITIDA POR EL VICEPROCURADOR GENERAL DE LA NACION, RELACIONADA CON EL HORARIO DE TRABAJO DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DE LA FISCALIA.**

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No 4754. Autoridades Nacionales. Actor: JAIME ALFONSO JIMENEZ.

El ciudadano JAIME ALFONSO JIMENEZ, en ejercicio de la acción de nulidad, solicitó al Consejo de Estado se declarara que es nula la circular número 006 del 2 de octubre de 1989 proferida por la Viceprocuraduría General de la Nación, atinente al horario de trabajo de funcionarios y empleados de las

fiscalías, en el sentido de que el establecido en el artículo 4o. del decreto 1975 de 1989 solo se refiere a las oficinas judiciales, pero no a las del Ministerio Público para las cuales seguía vigente el horario establecido en el artículo 127 del decreto 250 de 1970.

En los hechos de la demanda relata el actor el origen de la expedición del decreto extraordinario 1888 de 1989, cuyo artículo 52 modificó el horario de atención al público de los despachos judiciales, el cual a su vez fué modificado por el decreto 1975 del mismo año. Transcribe el artículo 107 del decreto 1660 de 1978 en cuanto regula los días de vacancia judicial y expresa que la Constitución Política de 1886, en su artículo 142 consagra que los funcionarios del Ministerio Público tendrán la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones que los magistrados y jueces ante quienes ejercen su cargo; que la misma Constitución señala específicamente las funciones que corresponde ejercer a los funcionarios del Ministerio Público, y el artículo 4o. de la ley 25 de 1974 señala las funciones que corresponden al Viceprocurador General; que el acto acusado contiene una manifestación de voluntad con el fin de producir efectos jurídicos y por medio de él se interpretan y reglamentan las mencionadas normas de los decretos 1888 y 1975.

En el capítulo de las normas violadas y concepto de violación se invocaron los artículos 55, 63, 76 y 142 de la Constitución Política de 1886, en concordancia con los artículos 4o. y 25 del Código Civil, 4o., de la ley 25 de 1974, 127 del decreto extraordinario 250 de 1970 y 107 del Decreto 1660 de 1978.

El concepto de la violación se hizo consistir, en síntesis, en que es la rama legislativa del poder público a la que la Constitución Política le asigna la tarea de interpretar, con autoridad, las leyes preexistentes, lo cual hizo la Viceprocuraduría respecto del artículo 4o. del decreto extraordinario 1975 de 1989; que el artículo 63 de la misma Constitución consagró el régimen objetivo de competencias al fijar los límites dentro de los cuales se pueden ejercer las funciones públicas, y el artículo 4o. de la ley 25 de 1974 no le atribuyó a la Viceprocuraduría la función de interpretar la ley con autoridad, ni la de reglamentarla, ni la de fijar el horario de trabajo de los agentes del Ministerio Público; que si bien es cierto que el procurador General de la Nación puede delegar funciones al Viceprocurador, la delegación sólo puede versar sobre aquellas que la ley señale, a términos del artículo 135 de la Constitución, lo cual no ha ocurrido con el contenido de la circular acusada: que se violó el artículo 142 de la constitución, porque los funcionarios del ministerio público, conforme a sus mandatos, deben tener la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones que los magistrados y jueces ante quienes ejercen el cargo, de donde resulta que si en los despachos judiciales no hay servicio los días sábados,

SECCION SEGUNDA

o sea es un día de descanso remunerado, lo propio debe ocurrirles a los fiscales y sus empleados; que se violó el artículo 14 de la ley 153 de 1887, porque el artículo 127 del Decreto 250 de 1970 desapareció del ordenamiento jurídico al ser derogado tácitamente por el artículo 4o. del decreto extraordinario 1975 de 1989, y la circular acusada pretende que dicha norma recobre su vigencia.

Contestación de la demanda y alegato de la Procuraduría General de la Nación.

Plantea que el acto acusado se expidió de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales que regulan la materia; que el horario establecido en los decretos 1888 y 1975 de 1989, rige únicamente para los despachos judiciales, en razón de que la Ley 30 de 1987 facultó al ejecutivo únicamente para modificar el régimen disciplinario de la rama judicial, y consecuentemente, el horario de trabajo para el ministerio Público sigue gobernado por los decretos 250 de 1970 y 1660 de 1978.

La Vista Fiscal. El ministerio público en su concepto (fls. 54 a 60), opina que como no existe duda acerca de la jornada de trabajo en los despachos judiciales, la establecida en el decreto 1975 de 1989, es obvia la aplicación extensiva a los funcionarios y empleados del Ministerio Público, de acuerdo con las claras previsiones del artículo 142 de la Constitución Política que establece que estos funcionarios "tendrán la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones que los Magistrados y jueces ante quienes ejercen su cargo". Agrega el Ministerio Público que la Viceprocuraduría no tiene competencia legal ni reglamentaria para estatuir en la forma en que lo hizo el horario laboral de los funcionarios y empleados de las fiscalías. En consecuencia, solicitó se decrete la nulidad de la circular acusada.

Para resolver, se considera:

1. Independientemente del análisis de si los días de descanso remunerado hacen o no parte del régimen de prestaciones, para la sala es evidente, como lo plantea la demanda, que si los jueces gozan de descanso el día sábado a partir de la vigencia del artículo 4o del decreto 1975 de 1989, del mismo derecho deben gozar los Agentes del Ministerio Público, en cumplimiento del inciso tercero del artículo 142 de la Constitución Política de 1886, cuyos mandatos fueron reiterados en la de 1991, por medio de su artículo 280.

Dicho de otra manera, la sala entiende los alcances de aquella norma, en el sentido de que es querer de la constitución política que en materia de derechos, categoría y calidades, los jueces y sus agentes del ministerio público tengan el mismo tratamiento jurídico.

Entonces, la circular acusada no podía poner a trabajar a los Fiscales y a sus empleados, cuando el juez y sus subalternos estuvieren descansando, porque sin necesidad de ley específica para estos, era suficiente el nuevo horario establecido para los jueces de acuerdo con los mandatos de la Carta, contenidos en el inciso tercero del artículo 142.

2. De otro lado, atendidas las funciones de la viceprocuraduría general de la Nación establecidas en la ley 25 de 1974, verifica la Sala que, como lo plantea el actor, entre ella no está la de fijar o establecer horario de trabajo alguno, ni facultad alguna de administración de personal, como para que fuera legítima la circular acusada.

No hay necesidad de entrar a estudiar las demás acusaciones que formula el demandante, por no ser necesario para declarar la nulidad del acto acusado.

3. Finalmente, para la Sala es evidente, conforme a todo lo dicho, que no le asiste razón a la Procuraduría General de la Nación en sus planteamientos para defender la validez del acto acusado.

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 Circular número 006 del 2 de octubre de 1989, emitida por la Viceprocuraduría General de la Nación, relacionada con el con el horario de trabajo de funcionarios y empleados de las Fiscalías.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la sala en sesión celebrada el día primero (1o) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**DOCENTE - Inexistencia / ESCALAFON DOCENTE - Estabilidad /
PERSONAL DOCENTE - Régimen Aplicable / INSUBSISTENCIA**

Directamente no ejecutaba labores de alfabetización de adultos, pues sólo indirectamente ejercía la supervigilancia de dichos centros. No es dable sostener que el accionante tenía carácter docente porque ejercía funciones equivalente a las asignadas a los Jefes o Directores de Núcleos Educativos o porque se dedicara a labores de alfabetización de adultos y que por hallarse inscrito en el escalafón docente gozaba de la prerrogativa de estabilidad relativa en el empleo. El caso que se estudia es de un profesional con título universitario diferente al licenciado en ciencias de la Educación, que demostró haber realizado el respectivo curso de ingreso, y obtuvo su inscripción en el escalafón docente, sin que ese hecho signifique que el cargo que desempeñaba fuera docente, así tuviera relación con la docencia. Fuerza concluir que la remoción del demandante no se regulaba por las normas aplicables a los docentes en esta materia. De modo que no era dable invocar como transgredidas las disposiciones del Decreto 2277 de 1979, relacionadas con la desvinculación del servicio de los docentes, pues por no gobernar las relaciones laborales del actor con la administración departamental, no podían resultar vulneradas con la expedición del acto acusado.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C. veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 5506. Consulta Sentencia. Actor: ROBERT JOSE GANDARA TIRADO.

En grado de consulta ha llegado a conocimiento del Consejo de Estado, la sentencia fechada el 19 de octubre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y por intermedio de apoderado, el señor Robert José Gándara Tirado impetró al Tribunal la nulidad del Decreto 167 de 1989, de la Gobernación del Departamento de Sucre, por el cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Jefe de la Oficina de Educación de Adultos adscrita a la Secretaria de Educación de esa entidad territorial y que como consecuencia, se le restablezca en su derecho reintegrándolo al mencionado cargo y cancelándole los sueldos, primas, vacaciones, bonificaciones, cesantías y demás prestaciones dejados de percibir desde la fecha de su remoción hasta cuando sea reintegrado al servicio; para lo cual se considerará que no ha existido solución de continuidad en la prestación de sus servicios.

Argumenta el actor que al disponer su remoción, el nominador, des conoció las normas del Decreto 2277 de 1979, que prohíben separar a un docente de su cargo sin antes haber sido excluido del escalafón y su condición de inscrito en el escalafón docente, puesto que el Gobernador como Miembro de la Junta Seccional de Escalafón, sabia que dicha Junta, en la sesión celebrada el 16 de marzo de 1989, había aprobado su solicitud de inscripción, y que desde esa fecha, se hallaba protegido por la estabilidad relativa que otorgan las normas reguladores de la carrera docente.

Advierte luego, que en el evento de que “no se le quiera dar la calidad de Docente” (folio 9), debe tenerse en cuenta que por ocupar el cargo de Jefe de Alfabetización de Adultos, tiene bajo su responsabilidad la dirección, asesoría, orientación y control de los centros nocturnos de alfabetización de su jurisdicción; labor que realiza a través de un equipo de supervisores que vigilan el cumplimiento de los maestros alfabetizadores y, por ello, las funciones que desempeñaba deben equipararse a las de Director de Núcleo Educativo o de Agrupación de Establecimientos, empleado responsable del cumplimiento en su núcleo de las programaciones trazadas por el Ministerio de Educación y de las tareas educativas que competen a cada maestro en los respectivos centros docentes.

SECCION SEGUNDA

Como el Artículo 32 del Decreto 2277 de 1979, establece que tienen carácter docente y deben, por tanto, ser provistos con educadores escalafonados, entre otros cargos directivos, el de Jefe o Director de Núcleo Educativo o de Agrupación de establecimientos y autoriza asignar dicho carácter a otros cargos que tengan funciones equivalentes, debe concluirse que el empleo que ocupaba, es un cargo docente, regulado, por ende por las normas que gobiernan la carrera docente.

LA SENTENCIA

El Tribunal despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, en virtud de que estimó que, según los documentos obrantes en el expediente, la Junta Seccional de Escalafón había aprobado la inscripción en el escalafón nacional docente, por tanto el actor tenía la categoría de docente escalafonado y, como tal, venía desempeñando las funciones señaladas en el Decreto 2277 de 1979; que no fue desvinculado del servicio como docente perteneciente a dicho escalafón y tampoco había llegado a la edad de retiro forzoso; consiguientemente, su remoción resultaba ilegal.

CONCEPTO FISCAL

La doctora Fiscal Quinto de la Corporación en la vista reglamentaria opina que los educadores que ejercen funciones de alfabetización de adultos, en términos del Artículo 2o. del Decreto 2277 de 1979, son profesionales de la docencia; que analizando las funciones de la Sección Educación no formal y Educación de Adultos señaladas en el artículo 11 de la Ordenanza No. 02 de 1989, se tiene que algunas son equivalentes a las Indicadas en el artículo 32, literal b) del estatuto docente; que el Secretario de Educación del Departamento de Sucre, certifica que la Sección de la cual era jefe el accionante, ejerce funciones de Alfabetización de Adultos; en consecuencia, concluye, debe considerarse que ocupaba un cargo docente y no administrativo y, por ende, sus relaciones con la administración se regían por las normas consagradas en el Decreto 2277 de 1979, que establece que los docentes están amparados por un régimen especial, aplicable cuando el educador está inscrito en el escalafón, como lo estaba el demandante y como tal no podía ser removido sino por las causales expresamente señaladas en la ley según voces del artículo 27 *ibídem*.

Procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Para dilucidar la legalidad del decreto acusado, se requiere, en primer lugar establecer el carácter (docente o administrativo) del cargo de Jefe de la

Oficina de Educación de Adultos, del cual fue desvinculado el actor por insubsistencia.

El artículo 2o. del Decreto 2277 de 1979, precisa que las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores y que se entiende por profesión docente “el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento educativo”.

Por su parte, el Artículo 32 *ibídem*, determina que tienen carácter docente y en consecuencia deben ser provistos con educadores escalafonados, los cargos de director de escuela o concentración escolar, coordinador o prefecto de establecimiento; rector de plantel de enseñanza básica secundaria o media; jefe o director de núcleo educativo o de agrupación de establecimientos y supervisor o inspector de educación, así como quienes “tengan funciones equivalentes”.

En la demanda se plantea que el cargo de Jefe de la Sección de Educación no formal y de adultos tiene carácter docente, porque sus funciones son similares a las asignadas a los jefes o Directores de núcleo educativo o de agrupación de establecimientos.

De acuerdo con lo previsto en el Artículo 9o. del Decreto 180 de 1982, las funciones del Director de núcleo de Desarrollo Educativo serán establecidas por el Ministerio de Educación.

A folios 38 a 52 del expediente obra la ordenanza número 002 de 16 de enero de 1989, por la cual se reestructura la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, que en su Artículo 11 (folio 46), detalla las funciones de la Sección de Educación no formal y Educación de Adultos.

Sin embargo, no se allegó a los autos el acto administrativo mediante el cual y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo citado del Decreto 180 de 1982, el Ministerio de Educación, señaló las funciones de los Jefes de Directores de Núcleo Educativo. De suerte que no es posible realizar el análisis comparativo entre las labores que deben desempeñar quienes ocupan los aludidos cargos -Jefe de la Sección de Educación no formal y de adultos en la Secretaria de Educación del Departamento y el de Director de Núcleo Educativo-

SECCION SEGUNDA

a efecto de establecer si son o no equivalentes. Esta circunstancia impide a la Sala, declarar que por ser similares o semejantes las tareas asignadas a uno y otro cargo, el primeramente mencionado, al igual que el de Jefe de Núcleo Educativo, tiene la naturaleza de docente.

Se observa además que no se tuvo en cuenta ni se exigió la calidad de escalafonado al señor Robert José Gándara Tirado para nombrarlo en el cargo del cual fue declarado insubsistente.

La aprobación de su escalafonamiento la obtuvo el 16 de marzo de 1989, como respuesta de la petición que presentó el 15 del mismo mes y año.

De otra parte, con los elementos de juicio que figuran en el expediente, no es posible determinar si el accionante desarrollaba en realidad labores de alfabetización de adultos, para colegir, con base en lo previsto en el Artículo 20 del Decreto 2277 de 1979, que ejercía la profesión docente. Según se observa en la demanda, tenía "bajo su responsabilidad la dirección, asesoría, orientación y control de los centros nocturnos de Alfabetización de esta jurisdicción" (folios 9 y 10), para lo cual, asegura, contaba con un equipo de Supervisores que vigilaban el cumplimiento de las tareas encomendadas a los maestros alfabetizadores, de donde se deduce que directamente no ejecutaba labores de alfabetización de adultos, pues sólo indirectamente ejercía la supervigilancia de dichos centros.

De conformidad con lo expuesto, no es dable sostener que el accionante tenía carácter docente porque ejercía funciones equivalentes a las asignadas a los Jefes o Directores de Núcleos Educativos o porque se dedicara a labores de alfabetización de adultos y que por hallarse inscrito en el escalafón docente gozaba de la prerrogativa de estabilidad relativa en el empleo.

Más aún, la Sala no puede menos que observar que de los documentos allegados al proceso se infiere que el actor no era docente de profesión, ni tenía experiencia docente alguna. Simplemente obtuvo su inscripción en el grado 6o. del escalafón docente, haciendo valer cinco años de estudios superiores -se ignora en que ramo- y los créditos que según lo previsto en el Artículo 10 del mencionado decreto, se requieren para ser inscrito en ese grado. Tanto es así, que en la resolución número 249 de 15 de mayo de 1989 proferida después de su retiro del servicio y por la cual se le inscribió en el escalafón (folio 28), se anotó que carecía de experiencia docente y que la fecha que debe tenerse en cuenta para el siguiente ascenso, se fijaría "cuando trabaje".

Fácil es entonces colegir, que el caso que se estudia es el de un profesional con título universitario diferente al de licenciado en Ciencias de la Educación,

que demostró haber realizado el respectivo curso de ingreso, y obtuvo su inscripción en el escalafón docente, sin que ese hecho signifique que el cargo que desempeñaba fuera docente, así tuviera relación con la docencia.

Resta agregar que al tenor del Artículo 32 del Decreto 2277 de 1979, para ocupar los cargos directivos que se catalogan como docentes, se requiere ser docente escalafonado y, el actor, como ya se dijo anteriormente, el 20 de marzo de 1987, día en que tomó posesión del cargo de Jefe de la Sección de Programas Especiales -Alfabetización de Adultos-, no ostentaba la calidad de docente escalafonado, investidura que sólo le otorgó la resolución número 249 de 15 de mayo de 1989, de la Junta Seccional de Escalafón Docente del Departamento de Sucre, por la cual se le inscribió en el grado 6o. de dicho escalafón. Si el referido cargo se considerara como directivo docente, el actor lo habría desempeñado sin el lleno de los requisitos legales.

Fuerza concluir que la remoción del demandante no se regulaba por las normas aplicables a los docentes en esta materia. De modo que no era dable invocar como transgredidas las disposiciones del Decreto 2277 de 1979, relacionadas con la desvinculación del servicio de los docentes, pues por no gobernar las relaciones laborales del actor con la administración departamental, no podían resultar vulneradas con la expedición del acto acusado.

En este orden de ideas se impone la revocación del falso consultado y la negación de las súplicas de la demanda.

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:

Revócase la sentencia de 19 de octubre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, en el proceso promovido por Robert José Gandara Tirado, contra el Departamento de Sucre. En su lugar deniégnese las pretensiones del demandante.

El doctor José Luis Mendoza Barrios tiene personería para actuar en representación del demandante, según memoriales de folio 98 y ss.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

SECCION SEGUNDA

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 1o. de abril de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

SUSPENSION PROVISIONAL - Finalidad / ULTRACTIVIDAD - Improcedencia

La figura de la suspensión provisional, como su nombre lo indica, tiene por finalidad dejar sin efectos un acto administrativo, temporalmente, mientras se decide en definitiva sobre su legalidad. Por tanto, cuando el acto ha cumplido todos sus efectos no es posible suspenderlo puesto que con la suspensión no se retrotrae la actuación cumplida, al momento de la expedición del acto; la suspensión opera hacia el futuro. No pudiéndose suspender los efectos ya producidos por el acto acusado, es decir la realización del concurso en el que participaron quienes reunían los requisitos señalados en la convocatoria, carece totalmente de eficacia la suspensión provisional y no cumple en este caso la finalidad inherente a esta figura.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993)*

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 7894. Actor: JOSE A. ACERO HIDALGO.

SUSPENSION PROVISIONAL

Solicita el demandante se suspendan provisionalmente los efectos de la Resolución No. 1913 de septiembre 25 de 1992 proferida por el Director General de la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos Nacionales, por la cual se convoca a concurso para la provisión de un cargo. Pero realmente lo que se pretende es que se suspenda el artículo primero de dicho acto que reza:

Requisitos: "Título profesional en Derecho. Título de especialización en

SECCION SEGUNDA

legislación económica o financiera y experiencia específica de cinco (5) años. Para funcionarios de la Unidad Administrativa Especial DIN es requisito adicional estar desempeñando funciones en las dependencias de la Subdirección de Fiscalización, a la fecha de esta convocatoria.”

Fundamenta su petición en que la resolución impugnada “no da oportunidad a todos los funcionarios que reúnan experiencia y estudios y que estén en la U.A.E. DIN a participar en la convocatoria establecida en ella, pues la limita a aquellos funcionarios que se desempeñen en la Subdirección de Fiscalización a la fecha de la convocatoria, violando abiertamente el artículo 13 de la Constitución Nacional y el artículo 9 inciso 2o, del Decreto 1647 de 1991. Este requisito cercena el principio de igualdad ante la Ley y de oportunidades de ascender, el cual deben observar las autoridades en todas sus actividades”.

Agrega que el acto acusado señala una clase de concurso que no está previsto por el Decreto 1647 de 1991 porque a pesar de ser abierto restringe la participación de todos los funcionarios de la Unidad Administrativa DIN que reúnen los demás requisitos, y por ello viola el artículo 55 de ese estatuto que establece dos clases de concursos: el cerrado, únicamente para los funcionarios de la Dirección de Impuestos Nacionales, y el abierto, para los funcionarios de la Dirección de Impuestos Nacionales y personas ajenas a la misma.

Para decidir se considera:

La figura de la suspensión provisional como su nombre lo indica, tiene por finalidad dejar sin efectos un acto administrativo, temporalmente, mientras se decide en definitiva sobre su legalidad.

Por tanto, cuando el acto ha cumplido todos sus efectos no es posible suspenderlo puesto que con la suspensión no se retrotrae la actuación cumplida, al momento de la expedición del acto; la suspensión opera hacia el futuro.

Del texto mismo de la resolución acusada se desprende que la fecha de iniciación del concurso era el 21 de octubre de 1992 y la lista de elegibles, resultado de la correspondiente evaluación, debería publicarse el 10 de noviembre de 1992.

No pudiéndose suspender los efectos ya producidos por el acto acusado, es decir la realización del concurso en el que participaron quienes reunían los requisitos señalados en la convocatoria, carece totalmente de eficacia la

suspensión provisional y no cumple en este caso la finalidad inherente a esta figura. Por esa razón no es posible acceder a esta petición.

En consecuencia la Sala **RESUELVE:**

1. Por reunir los requisitos legales, admítase la demanda presentada en acción pública de nulidad por el señor José Alejandro Acero Hidalgo.
2. Notifíquese personalmente este proveído al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y al señor Agente del Ministerio Público.
3. Fijese el negocio en lista por el término de cinco (5) días para los efectos señalados en el numeral 5o. del artículo 207 del C.C.A.
4. Solicítase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público los antecedentes administrativos del acto acusado. Líbrese el correspondiente oficio.
5. Niégase la suspensión provisional.
6. Reconócese personaría al señor José Alejandro Acero Hidalgo quien actúa en su propio nombre.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 1o. de abril de 1993.

Diego Younes Moréno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arénas.

Eneida Wadnipar Ramos. Secretaria.

**JEFE SECCIONAL DE SALUD - Facultades / PERSONAL -
Nombramiento / PERSONAL - Destitución.**

El artículo 5o., literal j) del Decreto Extraordinario 0350 de 1975, asigna al Jefe del Servicio Seccional de Salud la función de "Nombrar el personal de la Sede del Servicio de acuerdo con el estatuto de personal de Salud". Por su parte el Decreto Reglamentario 1478 de 1979 en su artículo 11 dispone que: "La declaratoria de insubsistencia de un nombramiento corresponde a la autoridad nominadora". Lo anterior significa que sí la facultad nominadora del Jefe del Servicio Seccional de Salud, se la da la ley, ésta no puede limitarse ni condicionarse por un contrato interadministrativo que regule aspectos de administración de personal; hizo bien, por tanto, el Tribunal al inaplicar la restricción contractual que exigía para la insubsistencia el visto bueno del Gobernador y denegar la nulidad del acto acusado por la ausencia del visto bueno en mención.

**CARGO DE DIRECCION Y CONFIANZA / DESTITUCION -
Procedencia / MOTIVACION POLITICA**

Aún aceptando como posible que sí se hubiese tenido en cuenta la filiación política en el nombramiento de la persona que reemplazó al demandante, como repetidamente lo ha dicho la Sala, tratándose de nombramientos de funcionarios que ocupen cargos que puedan considerarse de dirección y confianza, como el Jefe de División que desempeñaba el accionante, la motivación política no vicia de nulidad el acto como si lo haría respecto a los demás cargos de inferior jerarquía, porque el Director de la Entidad Administrativa

requiere de colaboradores comprometidos con sus ideas y programas, que le ayuden a sacar adelante una determinada política administrativa. De manera que llamar a colaborar con el servicio a personas de la misma filiación política del Director, prescindiendo de otros funcionarios de filiación distinta, no puede interpretarse como persecución partidista sino como el ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción en cargos de dirección y confianza, y no implica per se desmejoramiento del servicio público, pues no puede afirmarse que el nuevo funcionario no sea igual o más eficiente que el reemplazado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 5146. Recurso de Apelación. Actor: VICTOR JULIO CRUZ BUELVAS.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 24 de mayo de 1990 pronunciada por el Tribunal Administrativo de Sucre, en el proceso promovido por Víctor Julio Cruz Buelvas contra el Servicio Seccional de Salud de Sucre, la Junta de Salud del Departamento de Sucre, el Ministerio de Salud y el Departamento de Sucre.

El accionante, mediante apoderado, en ejercicio de la acción denominada hoy de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó al Tribunal del conocimiento que hiciera las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA: Que se declare nula el Acta No. 04 de 1987 de fecha mayo 11 de 1987, en la cual consta la reunión efectuada por la Junta de Salud de Sucre, en lo referente al punto cuarto de proposiciones y varios donde se consigna la propuesta hecha por el doctor Francisco Nariño Imbeth Campo, sobre el relevo del doctor VICTOR J. CRUZ BUELVAS como jefe de la División Administrativa del Servicio Seccional de Salud de Sucre, y que se nombrara en su reemplazo a la economista Ruth Muñoz de Arenas".

SEGUNDA: Que se declare nula la Resolución No. 0634 de mayo 11 de 1987 emanada del Servicio Seccional de Salud de Sucre, por medio del

SECCION SEGUNDA

cual el Señor VICTOR J. CRUZ BUELVAS fue declarado insubsistente del cargo "Jefe de la División Administrativa" de la mencionada entidad".

TERCERA: Que se declare nula la Resolución No. 7230 de Junio 2 de 1987 emanada del Ministerio de Salud Pública, por medio de la cual se da el Visto Bueno en el despido del señor VICTOR J. CRUZ BUELVAS del Servicio Seccional de Salud de Sucre".

CUARTA: El servicio Seccional de Salud de Sucre reintegrará al actor VICTOR J. CRUZ BUELVAS al cargo que venía desempeñando hasta el momento de la insubsistencia, o a otro de igual o superior categoría".

QUINTA: El Servicio Seccional de Salud de Sucre pagará al actor el total de los sueldos, prestaciones, primas, vacaciones, bonificaciones, aumentos, cesantías y demás emolumentos y prestaciones legales y extralegales dejadas de percibir desde el día en que fue declarado insubsistente hasta cuando sea restablecido en el cargo".

SEXTA: Para efectos de liquidación, causación y pago de las prestaciones sociales y demás derechos inherentes a la relación laboral entre el actor y el Servicio Seccional de Salud de Sucre, se considerará que no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte del demandante.

SEPTIMA: Costas en este proceso a cargo de los representantes legales del Servicio Seccional de Salud de Sucre y del Ministerio de Salud Pública, así como de los integrantes de la Junta de Salud del Departamento de Sucre". (fls: 2-3 o-ppal)

ANTECEDENTES:

El Tribunal en el fallo recurrido denegó las pretensiones de la demanda por considerar que: a) La persona designada en reemplazo del demandante cumplía con los requisitos previstos en el Decreto 1577 de 1979. b) La facultad discrecional otorgada a la administración por la ley, sólo puede ser restringida por disposiciones de igual o superior jerarquía normativa y no mediante una "acta adicional" a un contrato, documento que posteriormente fue dejado sin efecto jurídico alguno, por ser violatorio de la ley. c) Una circular tampoco puede restringir la facultad discrecional de la administración, pues no es una norma de igual o superior jerarquía. d) La Resolución No-7230 de junio 2 de 1987 del Ministerio de Salud aprobó la que dispuso la insubsistencia del actor, y el demandante desempeñaba un cargo de dirección y confianza, sin fuero de estabilidad, ni período fijo, o sea que era funcionario de libre nombramiento y

remoción, y su nombramiento podía, ser declarado insubsistente en cualquier momento; en cuanto al desvío de poder, por constituir la insubsistencia un acto complejo, se debió demostrar que todas las voluntades que contribuyeron a formar el acto incurrieron en desvío de poder por motivos políticos, lo que no aconteció; y por último, ha sido reiterada la jurisprudencia en el sentido de que para destruir la presunción de legalidad del acto, se debe probar en forma inequívoca el hecho que motivó el desvío de poder, lo que no ocurrió en este proceso, en razón de que los testimonios trasladados narran hechos y circunstancias ajenas al proceso y, carecen de la fuerza necesaria para concluir con certeza que la administración hubiera obrado con fines distintos al buen servicio y por causas contrarias a la ley. (fls. 130-144 c. ppal)

Inconforme el demandante con el fallo del Tribunal, interpuso recurso de apelación contra dicha providencia, argumentando que el a quo no podía desconocer los efectos jurídicos del contrato de integración celebrado entre el Departamento de Sucre y el Ministerio de Salud mientras estuviera vigente el convenio, ni declararlo nulo por ser violatorio de la ley; manifiesta de otra parte, que con las pruebas aportadas al proceso se acreditó la persecución política y en consecuencia, la desviación de poder, que vicia el acto acusado. (fls. 146-147 c. ppal)

La Fiscalía Novena de la Corporación rindió su concepto adverso a las pretensiones del actor. Expresó que el acta No. 4 de mayo 11 de 1987 no es un acto definitivo en cuanto no decide directa o indirectamente el fondo del asunto; la falta de requisitos de la reemplazante del actor no se da en el *sub-lite*: el Jefe del Servicio Seccional de Salud tiene entre sus funciones la de nombrar y remover el personal del mismo, de acuerdo con el artículo 111 del Decreto 694 de 1975 (sic) y el acta adicional al contrato de integración no podía desconocer una norma superior; la aprobación previa que echa de menos el demandante, se cumplió, porque la decisión del acto no se ejecutó mientras no hubo la aprobación del Ministerio de Salud, y finalmente con respecto a los móviles políticos, dijo que los actos demandados constituyen un acto complejo y si la intervención de dos o más órganos conforman una voluntad administrativa, se debió demostrar que todas la voluntades integrantes del acto, incurrieron en desvío de poder por motivos políticos, sin, embargo, las declaraciones sólo se refieren a persecución política del Jefe del Servicio Seccional de Salud, por lo que no se evidencia el fin ilícito de la administración (fls. 162-173 c. ppal)

No observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

SECCION SEGUNDA

CONSIDERACIONES:

La Sala precisa que en esta providencia, hará referencia exclusivamente a los motivos de inconformidad expuestos por el apelante y no a aquellos aspectos analizados por el *a quo* en el fallo recurrido, que no fueron controvertidos en el recurso propuesto.

Respecto al primer motivo de inconformidad, o sea, la violación del contrato adicional celebrado entre el Departamento de Sucre y el Ministerio de Salud, en cuanto exigía para la validez de ciertos nombramientos y remociones el visto bueno del Gobernador del Departamento, la Sala puntualiza que la decisión del *a quo* no puede interpretarse como la declaratoria de nulidad de la mencionada "acta adicional", sino de su inaplicabilidad al caso controvertido por considerarla contraria a preceptos de orden superior, proceder que encuentra la Sala ajustado a derecho.

En efecto, el artículo 5o., literal j) del Decreto Extraordinario 0350 de 1975, asigna al Jefe del Servicio Seccional de Salud la función de "Nombrar el personal de la Sede del Servicio de acuerdo con el estatuto de personal de Salud". Por su parte, el Decreto Reglamentario 1478 de 1979 en su artículo 111 dispone que: "La declaratoria de insubsistencia de un nombramiento corresponde a la autoridad nominadora".

Lo anterior significa que si la facultad nominadora del Jefe del Servicio Seccional de Salud, se la da la ley, ésta no puede limitarse ni condicionarse por un contrato interadministrativo que regule aspectos de administración personal; hizo bien, por tanto, el Tribunal al inaplicar la restricción contractual que exigía para la insubsistencia el visto bueno del Gobernador y denegar la nulidad del acto acusado por la ausencia del visto bueno en mención.

Sobre el segundo motivo de inconformidad del recurrente, referente a que se probó en el proceso que los actos acusados obedecieron a una persecución política contra el partido conservador y por ello están viciados de nulidad por desviación de poder, la Sala observa:

Es cierto que obran en el expediente los testimonios rendidos en el proceso por MANUEL DAVID ARRIETA, ISMAEL GUERRA DE LA OSSA, VICTOR CAMILO ROMERO Y JAVIER SEGOVIA, así como declaraciones trasladadas que fueron legalmente producidas en otros procesos, que mencionan la persecución política alegada; sin embargo, como el mismo recurrente lo afirma, casi todos los declarantes son personas que fueron retiradas del servicio en las mismas condiciones y época que el actor y han servido de "testimonios rendidos en todos los procesos que enfrentó la seccional de salud de Sucre por los mismos

motivos, bajo las mismas circunstancias (sic)", lo cual los sitúa como testigos sospechosos, por el natural interés que deben tener en las resultas del juicio. Los demás declarantes que no están dentro de estas circunstancias, como David Arrieta, Victor Camilo Romero y Javier Segovia, se refieren al hecho en términos como "supongo" (fl. 14) o no dan razón de su dicho, como quiera que simplemente afirman que se trató de cuestiones políticas, pero no dicen por qué tienen conocimiento de ello o si se trata de la sola inferencia que hacen del hecho de que el accionante, al igual que otros de los retirados, pertenece al partido conservador y fue reemplazado por un liberal, inferencia que para la Sala no constituye plena prueba de la persecución política alegada.

Por otra parte, aún aceptando como posible que sí se hubiese tenido en cuenta la filiación política en el nombramiento de la persona que reemplazó al demandante, como repetidamente lo ha dicho la Sala, tratándose de nombramientos de funcionarios que ocupen cargos que puedan considerarse de dirección y confianza, como el de Jefe de División que desempeñaba el accionante, la motivación política no vicia de nulidad el acto como si lo haría respecto a los demás cargos de inferior jerarquía, porque el Director de la Entidad Administrativa requiere de colaboradores comprometidos con sus ideas y programas, que le ayuden a sacar adelante una determinada política administrativa.

De manera que llamar a colaborar con el servicio a personas de la misma filiación política del Director, prescindiendo de otros funcionarios de filiación distinta, no puede interpretarse como persecución partidista sino como el ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción en cargos de dirección y confianza, y no implica per se desmejoramiento del servicio público, pues no puede afirmarse que el nuevo funcionario no sea igual o más eficiente que el reemplazado.

Lo razonado es suficiente para determinar que en el *sub-lite*, no se desvirtuó la presunción de legalidad que ampara el acto acusado y en tal virtud, habrá de confirmarse el fallo apelado.

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 24 de Mayo de 1990- proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre en este proceso.

SECCION SEGUNDA

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del día primero (1o.) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Diégo Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

SENTENCIA JUDICIAL / RECURSO DE APELACION
- Improcedencia

Este precepto consagra un principio general y la posibilidad de que la ley establezca excepciones, lo que significa que no puede interpretarse como el derecho absoluto e incondicional a las dos instancias, sino que deberán considerarse las reglas que en cada una de las ramas del derecho operan para señalar los casos en los cuales un proceso es de única o de dos instancias, de acuerdo con la cuantía y con otros factores determinantes de la competencia. Por lo tanto, mientras estas normas que rigen, la competencia y que no riñen con el principio constitucional citado, estén vigentes y no sean modificadas, seguirán teniendo plena aplicación, por cuanto configuran las excepciones a que se refiere el citado artículo 31 de la Carta Política. De acuerdo con tales normas el proceso, como lo estimó el Tribunal, es de única instancia y, por ello, la apelación es improcedente y debía denegarse.

Consejo de estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidos (22) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 7886. Recurso de Queja. Actor: ALBERTO VARGAS MUÑOZ.

Conoce la Sala del recurso de queja interpuesto por la parte actora contra el auto de 21 de agosto de 1992, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó el recurso de apelación formulado contra la sentencia de 12 de junio del mismo año.

SECCION SEGUNDA

Adujo el Tribunal que para la fecha de presentación de la demanda el proceso era de única instancia, de conformidad con el numeral 6 de los artículos 131 y 132 del Código Contencioso Administrativo, como quiera que la asignación básica mensual que devengaba el accionante al momento de ser declarado insubsistente no excedía de \$50.000.

En auto posterior, mediante el cual fue resuelto el recurso de reposición, argumentó el Tribunal que la Constitución consagró el principio de las dos instancias, delegando en el legislador su reglamentación la que se encuentra desarrollada en el Código Contencioso Administrativo, que en nada contradice la norma constitucional.

El accionante por su parte, alega que fue desconocido el artículo 31 de la Carta, pues no puede pretenderse que lo que el Decreto 01 de 1984 establece es un régimen de excepciones, al determinar las cuantías, por cuanto "las excepciones tienen que ser expresas y no pueden ser creadas por el fallador, ni siquiera por la vía de la interpretación analógica".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

El inciso 1o. del artículo 31 de la Constitución Política dispone:

"Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagra la ley".

Este precepto consagra un principio general y la posibilidad de que la ley establezca excepciones, lo que significa que no puede interpretarse como el derecho absoluto e incondicional a las dos instancias, sino que deberán considerarse las reglas que en cada una de las ramas del derecho operan para señalar los casos en los cuales un proceso es de única o de dos instancias, de acuerdo con la cuantía y con otros factores determinantes de la competencia.

Los artículos 131 y 132 en su numeral 6º determinan los procesos de carácter laboral de que conocen los tribunales administrativos en única y primera instancia, según su cuantía.

Por lo tanto, mientras estas normas que rigen, la competencia y que no riñen con el principio constitucional citado, estén vigentes y no sean modificadas, seguirán teniendo plena aplicación, por cuanto configuran las excepciones a que se refiere el citado artículo 31 de la Carta Política. De acuerdo con tales normas el proceso, como lo estimó el Tribunal, es de única instancia y, por ello, la apelación es improcedente y debía denegarse.

Por lo expuesto, la Sala

RESUELVE:

DECLARASE BIEN DENEGADO el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 12 de junio de 1992.

Ejecutoriado este auto, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DEMANDA - Requisitos / SUSTRACCION DE MATERIA

El decreto demandado fue derogado expresamente por el art. 35 del Decreto No. 25 de 7 de enero de 1993, es decir, que cuando se presentó la demanda, ya las disposiciones acusadas habían desaparecido de la vida jurídica. Presupuesto indispensable para solicitar en acción pública la nulidad de un acto administrativo es la de que éste exista jurídicamente al momento de presentar la correspondiente demanda; porque de no ser ello así habría sustracción de materia. Es precisamente el fenómeno que se presenta frente a esta demanda, puesto que las normas cuya nulidad se pretende fueron derogadas antes de su presentación.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 7946. Decretos del Gobierno. Actor: GUILLERMO MICAN AVELLANADA Y OTRO.

No se admite la anterior demanda, por las siguientes razones:

Los Doctores Germán Gutiérrez Holguín y Guillermo Micán Avellanada, actuando en su propio nombre y en ejercicio, de la acción pública consagrada en el artículo 84, del C.C.A., solicitan la nulidad de los artículos 14, 15 y 20 del Decreto 921 de 2 de junio de 1992 "Por el cual se fijan sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, se establecen

bonificaciones para Alféreces, Guardia Marinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, y se dictan otras disposiciones en materia salarial”.

Pero ocurre que, este Decreto fue derogado expresamente por el artículo 35 del Decreto No. 25 de 7 de enero de 1993, publicaeo en el Diario Oficial No. 40711 de esa misma fecha. Es decir, que cuando se presentó la demanda el 18 de febrero de 1993, ya las disposiciones acusadas habían desaparecido de la vida jurídica.

Ciertamente la jurisprudencia actual del Consejo de Estado, plasmada en providencia de 14 de enero de 1991 -Expediente S-157- distingue el concepto de vigencia de una disposición, de la legalidad de la misma, para afirmar que como “su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el tiempo y espacio, de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que la cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia”, es posible un pronunciamiento de fondo a pesar de la derogatoria.

Sin embargo es necesario aclarar que esta tesis que continúa siendo válida, se aplica solo en los casos en que se demanda un acto administrativo vigente, que después y antes de pronunciarse la correspondiente sentencia, es derogado expresa o tácitamente.

Pero no es posible invocarla para acusar, utilizando la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., un acto ya desaparecido de la vida jurídica.

Presupuesto indispensable para solicitar en acción pública la nulidad de un acto administrativo es la de que éste exista jurídicamente al momento de presentar la correspondiente demanda; porque de no ser ello así habría sustracción de materia.

Es precisamente el fenómeno que se presenta frente a esta demanda, puesto que las normas cuya nulidad se pretende fueron derogadas antes de su presentación.

Finalmente, debe anotarse, que la extensión ilimitada del alcance de la citada jurisprudencia conduciría al absurdo de admitir demandas contra cualquier acto administrativo aun cuando éste hubiera perdido su vigencia muchos años atrás.

Por lo expuesto se resuelve:

SECCION SEGUNDA

No admitir la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad presentaron los Doctores Germán Eduardo Gutiérrez Holguín y Guillermo Micán Avellanada para actuar en su propio nombre.

Reconocer personaría a los Doctores Germán Eduardo Gutiérrez Holguín y Guillermo Micán Avellanada para actuar en su propio nombre.

Cópiese, notifíquese y devuélvanse a los interesados los documentos sin necesidad de desglose.

Clara Forero de Castro.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria

Nota de Relataría: Cita, además, la jurisprudencia de la Sala Plena de fecha 14 de enero de 1991, Exp. S-157 sobre sustracción de materia.

**APORTES PARAFISCALES / PAGO / SUBSIDIO FAMILIAR /
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA / PRESIDENTE DE LA
REPUBLICA / POTESTAD REGLAMENTARIA / SALARIO -
Improcedencia.**

El art. 3o. del Decreto 562 de 1990, no establece solidaridad en cuanto al pago de aportes al SENA, ICBF o ISS, sino únicamente en lo que se refiere a la prestación social denominada "subsido familiar" y al pago de los aportes correspondientes para tales efectos. Dado que la norma regula esta solidaridad entre las personas a que se refiere el art. 3o. del Decreto 2351 1965, no puede cobijar sino a los contratistas y subcontratistas dependientes y a los beneficiarios del trabajo o dueños de la obra, pero solo cuando el trabajo o la obra no sean extraños a las actividades normales de la empresa o negocio del beneficiario o dueño. No encuentra la Sala extralimitación de la potestad reglamentaria consagrada en el art. 120 numeral 3. de la Constitución de 1886, ni violación del art. 3o. del decreto 2351 de 1965, cuya aplicación, por el contrario, en el caso del subsidio familiar se hace efectiva con la disposición reglamentaria acusada. Tampoco hay transgresión del art. 127 del C. S. del T., pues el acto acusado no pretende convertir ni los aportes ni el subsidio familiar en salario.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., tres (3) de mayo de mil novecientos noventa y tres
(1993).*

Consejera Ponente: Dra. Clara Forero de Castro.

SECCION SEGUNDA

El Doctor Guillermo López Guerra, actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C. C.A., solicita al Consejo de Estado declarar nulas las frases subrayadas contenidas en el artículo 3o. del Decreto 562 de 1990, que reza:

“Los contratistas y subcontratistas independientes, los beneficiarios del trabajo o dueños de la obra, a que se refiere el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965, **SON SOLIDARIAMENTE RESPONSABLES** tanto del cumplimiento de la prestación legal del subsidio familiar y demás prestaciones sociales, a que tienen derecho los trabajadores que presten sus servicios personales en la ejecución del trabajo o de la obra, **COMO DEL PAGO DE LOS APORTES CORRESPONDIENTES PARA TALES EFECTOS**”.

HECHOS:

Los relatados por el accionante pueden resumirse así:

1o.- El Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria que le otorga la Constitución expidió el Decreto 562 de 8 de marzo de 1990 “Por el cual se establecen mecanismos para asegurar el pago de los aportes para la Seguridad Social”.

2o.- Este Decreto en su artículo 3o. consagró respecto del pago de los aportes con que los patronos están obligados a contribuir a entidades como el Instituto de Seguros Sociales, el ICBF, el SENA y las Cajas de Compensación Familiar, una obligación solidaria entre los beneficiarios y dueños de las obras y los contratistas o subcontratistas de las mismas, invocando para ello el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965, que establece responsabilidad solidaria por el valor de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, entre los dueños o beneficiarios de la obra y los contratistas o subcontratistas, salvo que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Como tales cita el demandante: artículo 120 numeral 3o. y artículo 2o. de la Constitución Política de 1886, por extralimitación de la potestad reglamentaria; artículo 3o. del Decreto-Ley 2351 de 1965; artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 9o. del Decreto 118 de 1957; artículos 2o. y 5o. de la Ley 58 de 1963; el numeral 2 del artículo 21 del Decreto 3123 de 1968; artículos 1o. y 2o. de la Ley 89 de 1988; artículos 1, 7, 8, 9 y 17 de la Ley 21 de 1982; artículo 2o. de la Ley 27 de 1974; artículo 11 del Decreto 1650 de 1977, todas relativas

al establecimiento y cancelación de los aportes con destino al SENA, ICBF, Cajas de Compensación Familiar e ISS, salvo las dos primeras, una que es la norma reglamentada y otra que determina qué es salario.

El concepto de la violación lo hace consistir fundamentalmente en:

a) que del artículo 3o. del decreto 2351 de 1965 no se desprende obligación solidaria en relación con los aportes para-fiscales que deben cubrir los patronos para el SENA, ICBF, Cajas de Compensación Familiar e ISS, sino que esa solidaridad opera, única y exclusivamente en cuanto a salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, siempre y cuando los contratistas y subcontratistas de los beneficiarios o dueños de las obras, realicen idénticas o iguales actividades a las de estos últimos o estén comprendidas dentro de las actividades normales de sus empresas o negocios.

b) que los aportes para-fiscales no pueden considerarse salario, pues ellos no retribuyen servicios personales, dependientes y subordinados, conforme a la definición de salario que trae el artículo 127 del C.S. del T.

Que tampoco constituyen prestación social ni indemnización. Ilustra esta afirmación analizando los aportes que se hacen al ICBF, SENA y Seguro Social.

c) que se omitió indicar en el texto del decreto qué normas concretas pretendía reglamentar.

Solicitada la suspensión provisional de la norma acusada se negó por no aparecer flagrante la violación de las normas invocadas.

En su alegato de conclusión el demandante insiste en que el pago de los aportes mencionados por la disposición acusada no lleva implícito el concepto de solidaridad que en ella se establece, por cuanto "este elemento debe ser expresamente incluido por el legislador referido al cumplimiento de una obligación que tenga tal característica". Expresa que la "solidaridad" no se presume y por tanto no puede extenderse al pago de los aportes para-fiscales a cargo de los patronos para el SENA, el ICBF, las Cajas de Compensación Familiar e ISS, que no ostentan carácter de "salario", "prestación" o "indemnización", que son los conceptos sobre los que, según el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965, recae la solidaridad.

Que los aportes para-fiscales no pueden considerarse salario, pues no corresponden a la definición que trae el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y no están destinados a retribución de servicios. Que del mismo modo

SECCION SEGUNDA

no pueden considerarse prestación social o indemnización por no corresponder a la definición legal que trae el mencionado Código.

A su vez, la Doctora apoderada de la Nación, se opone a la prosperidad de las súplicas de la demanda, por las siguientes razones:

Porque el subsidio familiar es una prestación social conforme al artículo 1o. de la Ley 21 de 1982.

Porque de la interpretación de esta norma, en concordancia con el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965 se colige que los contratistas, subcontratistas independientes y los dueños de las obras son solidariamente responsables respecto de salarios y prestaciones sociales de los trabajadores, comprendiendo estas obligaciones el subsidio familiar.

Afirma que la obligación de cancelar los aportes es consecuencia directa de la genérica de pagar tanto los salarios como las prestaciones sociales y por eso no es una nueva obligación.

Que la intención del Gobierno al reglamentar el pago de aportes fue la de garantizar el cumplimiento de las obligaciones patronales respecto del trabajador, ya que el no pago de los mismos impediría que éstos gozaran de sus derechos legalmente establecidos, como el subsidio familiar.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado luego de analizar los alcances de la potestad reglamentaria conferida al Presidente de la República por la Constitución manifiesta que:

“ ... confrontadas las expresiones demandadas con el precepto reglamentado, esto es, el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965, la Fiscalía encuentra que con ellas no se está estableciendo una nueva solidaridad entre los sujetos contratistas de la disposición mencionada, y, por ende, no se desborda su contenido como lo afirma el actor, pues, simplemente, con el artículo 3o. del Decreto Reglamentario 562 de 1990, se le está dando operatividad a aquella a fin de que no sea “letra muerta” y haya una real protección para los derechos de los trabajadores.

Es de anotar igualmente y atendiendo a lo también cuestionado por el demandante, que el precepto reglamentario procedía porque, por definición legal, y contrariamente a lo que aquél asevera, el subsidio familiar se tiene

como una prestación laboral, conforme a lo estatuido en el artículo 1o. de la Ley 21 de 1982.

Conviene indicar, finalmente, que la solidaridad de que tratan las normas en comentario no proviene de los contratos a que ellas se refieren, sino de la ley, pues, como bien lo ha expresado el H. Consejo de Estado “...La fuente de la solidaridad, en el caso de la norma, no es el contrato de trabajo ni el de obra, aisladamente considerados, o ambos en conjunto, sino la ley; esta es su causa eficiente y las dos convenciones su causa mediata, o en otros términos: los dos contratos integran el supuesto de hecho o hipótesis legal. Ellos y la relación de causalidad entre las dos figuras jurídicas, son los presupuestos de solidaridad instituida en la previsión legal mencionada” ”.

Y, por lo demás, esta solidaridad no se ha alterado ni modificado con el estatuto reglamentario en referencia, y, particularmente, con las expresiones acusadas de su artículo 3o., pues -ya se dijo- ellas se contraen a hacer efectivos, mediante la responsabilidad pertinente, los aportes y cobro del subsidio familiar y demás prestaciones sociales de los trabajadores”.

Por lo anterior opina que deben negarse las súplicas de la demanda.

Tramitado el proceso en legal forma, entra la Sala a decidir, previas estas

CONSIDERACIONES:

Sea lo primero precisar, como se hizo en el auto que resolvió sobre la suspensión provisional que el artículo 3o. del Decreto 562 de 1990, no establece solidaridad en cuanto al pago de aportes al SENA, ICBF o ISS, sino únicamente en lo que se refiere a la prestación social denominada “subsidio familiar” y al pago de los aportes correspondientes para tales efectos.

* Igualmente, dado que la norma regula esta solidaridad entre las personas a que se refiere el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965, no puede cobijar sino a los contratistas y subcontratistas independientes y a los beneficiarios del trabajo o dueños de la obra, pero solo cuando el trabajo o la obra no sean extraños a las actividades normales de la empresa o negocio del beneficiario o dueño.

Bajo este entendimiento se analizarán las frases acusadas del acto controvertido.

SECCION SEGUNDA

Indudablemente en el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965 se estableció solidaridad entre las personas antes mencionadas, para responder por el valor de los salarios, de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores. Esta es una realidad que nadie discute.

Tampoco se desconoce que el subsidio familiar sea una prestación social. De lo anterior se desprende que, necesariamente, así no se hubiera expedido la norma reglamentaria acusada, los contratistas, subcontratistas independientes y los beneficiarios del trabajo o dueños de la obra, son responsables solidariamente del pago del subsidio familiar, salvo que el trabajo o la obra sean extraños a las actividades normales de la empresa o negocio del beneficiario o dueño.

Ahora bien, sin desconocer la naturaleza de contribución para-fiscal que puedan tener los aportes que se hagan a las Cajas de Subsidio Familiar, o a cualquiera otra que se encargue de su pago; sin pretender que esos aportes sean salario o indemnización, preciso es aceptar que constituyen una modalidad de pago de la prestación social "subsidio familiar" cuando ésta no se cancela directamente por el patrono.

El pago oportuno de los aportes para tal efecto, hace posible para el trabajador el disfrute efectivo de esa prestación; de manera que la solidaridad de que trata la norma acusada, en últimas lo que garantiza es el pago del subsidio familiar, en forma directa o a través de aportes.

Miradas así las cosas, no encuentra la Sala extralimitación de la potestad reglamentaria consagrada en artículo 120 numeral 3 de la Constitución de 1886, ni violación del artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965, cuya aplicación, por el contrario, en el caso del subsidio familiar se hace efectiva con la disposición reglamentaria acusada.

Tampoco hay transgresión del artículo 127 del C. S. del T. pues el acto acusado no pretende convertir ni los aportes ni el subsidio familiar en salario.

No la hay de las demás normas citadas en el libelo y menos de las que tienen que ver con aportes a otras entidades como el ICBF, el ISS y el SENA, porque, se repite, el artículo 3o. del Decreto 562 de 1990, solo se refiere al subsidio familiar y a los aportes para su pago, a los cuales están obligados los patronos y quienes son solidarios con ellos.

Esta misma Sala en sentencia de 30 de marzo de 1993, expediente 5002, Actor: Clara Lucía Rico de Espinel, con ponencia de la Consejera Doctora Dolly Pedraza de Arenas, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la legalidad

de este mismo artículo acusado, habiendo denegado la nulidad impetrada, después de hacer razonamientos similares.

DIJO LA SALA:

“De manera que al establecer el acto acusado que “los contratistas y subcontratistas independientes, los beneficiarios del trabajo o dueños de la obra, a que se refiere el artículo 3 del Decreto 2351 de 1965, son solidariamente responsables, tanto del cumplimiento de la prestación legal del subsidio familiar” a que tienen derecho los trabajadores que presten sus servicios personales en la ejecución del trabajo o de la obra “como del pago de los **aportes correspondientes para tales efectos.**” (se destaca) no podía referirse a los aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje “SENA”, sino a los destinados al pago del subsidio familiar, o sea, al 4% de la nómina mensual de salarios.

Previó así el ejecutivo una solidaridad efectiva tanto para el subsidio familiar que se paga directamente como para el que se paga a través de entidades como las Cajas de Compensación Familiar o la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, que tiene respaldo en el ya citado artículo 3o. del decreto 2351 de 1965.”

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:

Deniégase la nulidad de las frases: “**son Solidariamente Responsables**” y “**como del Pago de los Aportes correspondientes para tales efectos**”, contenidas en el artículo 3o. del Decreto 562 de 1990.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 15 de abril de 1993.-

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna (ausente), Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NACIONALIZACION DE LA EDUCACION / LEGITIMACION POR PASIVA / GOBERNADOR - Facultades

Conforme al decreto 528 de 1984 y a la ley 22 de 1977, el proceso no es de única instancia. Para la Sala no hay duda que como consecuencia de la nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales, ordenada por la ley 43 de 1975, el actor era un docente al servicio de la Nación y que los actos del administración de personal, como el acusado, los expedía el Gobernador por mandato directo de la ley (parágrafo del artículo lo. de la mencionada ley y artículo 60. del decreto extraordinario 102 de 1976). Lo anterior determina que la ley llame a responder por lo pretendido a la Nación, y no al Departamento de Cundinamarca, que fue la persona contra la cual se dirigió la acción y se pretenden las condenas del libelo demandatorio y quien, en tales condiciones no está legitimado para responder por ellas.

ADMINISTRACION DE LA EDUCACION / DELEGACION DE FUNCIONES / REASUNCION DE FUNCIONES - Improcedencia

Aunque el decreto extraordinario 102 de 1976 expresa que la administración de la educación allí establecida se hace por delegación, esta no es la prevista en el artículo 135 de la anterior Constitución Política, porque la figura de la delegación a que se refiere esta norma supone que la función le ha sido asignada a la autoridad nacional, quien es la encargada de delegarla, pudiendo resumirla, y en cambio en la administración educativa de que se ocupa la Sala, la función ha sido atribuida directamente por la ley, sin que exista autoridad nacional alguna que pueda ejercer tal reasunción. Además, lo anterior tiene pleno respaldo en el artículo 194 de la anterior Constitución Política que luego de señalar las

atribuciones de los gobernadores, en su numeral 10 establecía que le competen “Las demás que la Constitución y las leyes establezcan”. De ahí que, no sea posible proferir condena en contra del Departamento demandado como si el Gobernador hubiera actuado bajo su propia responsabilidad con arreglo al aludido artículo 135.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santaf Fe de Bogotá D.C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 973. Autoridades Nacionales. Actor: AGUSTIN GARZON BOLAÑOS.

El señor AGUSTIN GARZON BOLAÑOS, interpuso por medio de apoderado, recurso de apelación contra la sentencia del 4 de marzo de 1983, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

El proceso que se destruyó en los trágicos acontecimientos del Palacio de Justicia fue reconstruido mediante auto del 29 de septiembre de 1986 (folio 55), por lo cual se tendrán en cuenta como elementos de juicio, las referencias que a documentos se hicieron en el fallo apelado, y en otros actos, así no consten sus copias en el expediente.

CONSIDERACIONES:

La parte actora, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, denominada hoy “acción de nulidad y restablecimiento del derecho”, demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la declaración de nulidad del decreto No. 3309 de 30 de Julio de 1980, proferido por la Gobernación de Cundinamarca, por el cual se retiró del servicio al demandante por estar disfrutando de pensión de jubilación, quien se desempeñaba como Maestro de la Escuela Rural Canta Gallo del Municipio de la Palma.

Como restablecimiento del derecho se solicitó el reintegro del actor al mismo cargo que venía desempeñando, o a otro de superior categoría, el pago de los emolumentos y prestaciones dejados de percibir y se le reconozca para todos los efectos legales que no hubo solución de continuidad en la prestación de los servicios (folios 1 y 2).

SECCION SEGUNDA

Como disposiciones violadas la demanda cita los artículos 16, 17, 26 y 64 de la Constitución Política anterior; artículo 9o. de la Ley 43 de 1945; Ley 97 del mismo año; artículos 35, 36, 37 y 39 del Decreto 1135 de 1952; artículos 2o., 3o y 4o. del Decreto 1352 de 1969; artículo 5 del Decreto 224 de 1972; artículos 26, 27, 28, 31, 46, 48 y 55 del Decreto 2277 de 1979 (folio 5).

Se afirma en la demanda que el demandante tenía derecho a permanecer en el servicio, ya que para los docentes no existe incompatibilidad para devengar sueldo y pensión de jubilación; que en el caso *sub-júdice* el actor no fue excluido del escalafón docente, no había llegado a la edad de retiro forzoso, es decir, a los 65 años de edad, al momento de su desvinculación, no ocupaba cargo directivo de docente y porque no se demostró en este asunto que estuviera afectado física y mentalmente para el cumplimiento de funciones docentes.

El *a-quo*, en la sentencia apelada declaró la excepción de inepta demanda solicitada por la Fiscalía Séptima del Tribunal, pues en el caso *sub-examine* al impugnarse el Decreto 3309 de 30 de julio de 1980, dictado por el señor Gobernador del Departamento de Cundinamarca, para dicha fecha se había producido la total nacionalización de la educación, por lo que los actos administrativos que se expidan en esta materia son de carácter nacional, razón por la cual se ha debido demandar a la Nación y no al Departamento de Cundinamarca, toda vez que este ente territorial no responde por las condenas que se puedan derivar de esta clase de procesos, puesto que el Gobernador no es más que un simple ejecutor de un servicio nacional regulado y sufragado por la Nación (folios 21 a 38).

Para resolver, se considera:

1. Lo primero que debe verificar la Sala es su competencia, ya que la parte demandada alega que el proceso es de única instancia.

Al punto se observa que el Departamento de Cundinamarca tendría razón si el acto acusado fuere del orden departamental, lo cual no sucede, habida cuenta que el patrono del actor fue la Nación y que los actos de administración de personal de los docentes al servicio de ella son expedidos por algunos funcionarios de los entes territoriales porque la ley les ha atribuido tal función pero no porque los docentes sean servidores de estos entes.

En tales condiciones, conforme al decreto 528 de 1984 y a la ley 22 de 1977, el proceso no es de única instancia.

2. Para la Sala no hay duda que como consecuencia de la nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales, ordenada por la ley 43 de 1975,

el actor era un docente al servicio de la Nación y que los actos del administración de personal, como el acusado, los expedía el Gobernador por mandato directo de la ley (parágrafo del artículo 1o. de la mencionada ley y artículo 6o. del decreto extraordinario 102 de 1976).

3. Lo anterior determina que la ley llame a responder por lo pretendido a la Nación, y no al Departamento de Cundinamarca, que fue la persona contra la cual se dirigió la acción y se pretenden las condenas del libelo demandatorio y quien, en tales condiciones no está legitimado para responder por ellas.

4. De otro lado, advierte la Sala que aunque el decreto extraordinario 102 de 1976 expresa que la administración de la educación allí establecida se hace por delegación, esta no es la prevista en el artículo 135 de la anterior Constitución Política, porque la figura de la delegación a que se refiere esta norma supone que la función le ha sido asignada a la autoridad nacional, quien es la encargada de delegarla, pudiendo resumirla, y en cambio, en la administración educativa de que se ocupa la Sala, la función ha sido atribuída directamente por la ley, sin que exista autoridad nacional alguna que pueda ejercer tal reasunción.

Además, lo anterior tiene pleno respaldo en el artículo 194 de la anterior Constitución Política que luego de señalar las atribuciones de los gobernadores, en su numeral 10 establecía que le competen "Las demás que la Constitución y las leyes establezcan".

5. De ahí que, no sea posible proferir condena en contra del Departamento demandado como si el Gobernador hubiera actuado bajo su propia responsabilidad con arreglo al aludido artículo 135.

6. Asunto diferente, que no varía la conclusión a que ha llegado la Sala, es la representación de la Nación y la comparecencia en el proceso del Gobernador del Departamento de Cundinamarca por haber sido el funcionario expedidor del acto acusado.

Acerca de lo primero, en la ley 167 de 1941, vigente cuando se inició el proceso, a la Nación la representaba el correspondiente agente del Ministerio Público, y respecto de lo segundo, es evidente que si el demandado fue aquel Departamento, solo el Gobernador podía representarlo. Por manera que la comparecencia de este funcionario en el presente caso resultaba obligatoria, pero no porque hubiera expedido el acto acusado, sino porque es el representante del ente territorial demandado.

SECCION SEGUNDA

7. Recuerda la Sala que respecto de las obligaciones surgidas como consecuencia de los actos de administración del personal docente al servicio de la Nación, la ley no ha establecido solidaridad alguna de los entes territoriales, debiendo responder por ellas únicamente la persona obligada, en este caso la Nación, y no el administrador, precisamente porque el patrono es ella y no éste.

8. Finalmente, verificado que la persona jurídica demandada no debe responder por lo pretendido, la decisión debe ser de mérito, pero negativa a las pretensiones de la demanda, pues nada impide tal pronunciamiento. Por ello, se revocará la sentencia apelada y en su lugar se proferirá tal decisión.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 4 de marzo de 1983, en el proceso promovido por AGUSTIN GARZON BOLAÑOS y, en su lugar, SE DENIEGAN las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veintidós (22), de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, (salva el voto); *Clara Forero de Castro*, *Carlos A. Orjuela Góngora*, (salva el voto), *Jaime Ahumada Díaz*, Conjuéz; *Joaquín Barreto Ruiz*, *Alvaro Lecompte Luna*, (salva el voto); *Dolly Pedraza de Arenas*.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVARO
LECOMPTE LUNA EN LA PROVIDENCIA CALENDADA A
CUATRO (4) DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y
TRES (1993), DISCUTIDA Y APROBADA POR LA SALA DE LA
SECCION SEGUNDA EN SESION DE VEINTIDOS (22) DE ABRIL
DEL MISMO AÑO. - RADICADO No. 973 (9446).- AUTORIDADES
DEPARTAMENTALES.- ACTOR: AGUSTIN GARZON BOLAÑOS.**

Con el acostumbrado respeto, el suscrito salva voto en el asunto de la referencia, por los mismos motivos que expone el señor consejero doctor Diego Younes Moreno en el suyo, y de allí que con su venia, y en aras de la brevedad, a él se remita.

Cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna

Fecha: *Ut Supra.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA A LA SENTENCIA PROFERIDA EL 4 DE MAYO DE 1 993 EN EL JUICIO RADICADO BAJO EL No. 973.- AUTORIDADES NACIONALES.- ACTOR: AGUSTIN GARZON BOLAÑOS.

Santa Fe de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Habida cuenta de que compartí el criterio contenido en la ponencia que le fue negada al Consejero doctor Diego Younes Moreno en este asunto, en el sentido de que el Departamento de Cundinamarca, por expresa delegación legal, actuó como representante de la Nación y por ende, no existe la menor duda de que ésta sí fue oída y por tanto, estaba vinculada al proceso, con su venia me permito adherir a su salvamento de voto y coadyuvarlo en su integridad.

Con toda atención,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

**EMPLEADOS DEL SERVICIO EXTERIOR /
RELIQUIDACION DE PENSION - Improcedencia /
RETROACTIVIDAD - Improcedencia**

Después de expedido el Decreto 1253 de 1975. que como ya se dijo modificó el artículo 76 del decreto 2016 de 1968, vino la Ley 41 de diciembre 11 de 1975 que regresó al sistema antiguo de liquidación de las prestaciones contemplado en dicho artículo, pues consagró que “las prestaciones sociales de los empleados del servicio exterior se liquidarán y pagarán con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del Decreto 2016 de 1968, salvo lo previsto en el artículo 66 del mismo decreto”. Conforme a lo planteado, pues, no era dable jurídicamente aplicar a la reliquidación de la pensión de Jubilación del demandante el decreto 1253 de junio 27 de 1975, ya que como es sabido, por regla general, las leyes rigen para el futuro y sólo excepcionalmente tienen carácter retroactivo o retrospectivo. La norma aplicable al caso sub-examine era el artículo 76 del Decreto 2010 de 1968, vigente para la época en que el demandante se retiró del servicio público a partir del 16 de abril de 1975 y no el decreto 1253 del mismo año que se expidió dos meses después de esa fecha.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).*

Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Lecompte Luna.

SECCION SEGUNDA

Referencia: Expediente No. 1602. Autoridades Nacionales Reconstrucción D.E. 3825/1985. Actor: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - ENRIQUE DUARTE AGUILERA.

Habiéndose tenido como reconstruido (fl. 49) el proceso iniciado mediante demanda y por conducto de apoderado Judicial por la Caja Nacional de Previsión Social - "CAJANAL" contra la resolución No. 1164 de abril 8 de 1976, expedida por dicho establecimiento público adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante la cual se reliquida la pensión de jubilación del señor Enrique Alfonso Duarte Aguilera (fls. 55, 56 y 57), reconocida a través de la resolución No. 2786 de 1971, y habiéndose situado la instancia en el momento de dictación de sentencia, corresponde a la Corporación decidir lo que fuere del caso, al no observa existencia de vicio que incida en la actuación.

En el escrito contentivo del alegato de conclusión presentado ante esta Corporación por la parte actora (fls. 9 y 10), puesto que no consta en el proceso reconstruido copia de la respectiva demanda, se exponen como hechos fundamentales de la acción los siguientes:

1o. La Caja Nacional de Previsión Social reconoció al señor ENRIQUE ALFONSO DUARTE AGUILERA una pensión mensual vitalicia de Jubilación por haber prestado sus servicios en el período comprendido entre el 16 de agosto de 1949 hasta el 30 de Abril de 1971 para un total de 21 años 5 meses y 23 días y porque ya tenía más de cincuenta (50) años de edad.

2o. El último cargo desempeñado por el señor DUARTE AGUILERA fue el de Jefe de la División Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores.-

3o. Con memorial radicado en la Caja Nacional de Previsión el día 16 de Octubre de 1975 el señor ENRIQUE DUARTE AGUILERA solicitó la reliquidación de su pensión con fundamento a lo establecido en el decreto 1253 del 27 de Junio de 1975.

4o. La Caja Nacional de Previsión resolvió la petición anterior mediante la Resolución No. 1164 del 8 de Abril de 1976, según la cual reliquidó la prestación mencionada con fundamento en lo establecido en el Decreto 1253 de 1975 es decir, tomando como base el 75% del promedio de salarios percibidos y al cambio de la moneda devengada.

5o. Posteriormente la Caja Nacional de Previsión mediante Resolución No. 1106 del 26 de Febrero de 1980 elevó la pensión del señor DUARTE

AGUILERA a la suma de \$39.684,12 Centavos a partir del 11 de febrero de 1979.” (fls. 9 y 10)

Como argumentos jurídicos para sustentar la petición de nulidad de la resolución impugnada, la parte demandante expone en el citado alegato de conclusión:

“Efectivamente la Caja Nacional de Previsión Social dictó la Resolución No. 1164 del 8 de Abril de 1976 y en la segunda Hoja se observa la liquidación efectuada, según la cual se tomó como base los salarios percibidos durante el último año de servicios y se tuvo en cuenta además que fue con base en la moneda extranjera devengada.

La Ley 41 de 1975 estableció la derogación del Decreto 1253 del 27 de Junio mediante el cual se podía tomar para la liquidación de prestaciones Sociales de los Empleados de la Rama Diplomática y Consular el valor equivalente a la moneda en que devengara los últimos salarios.

Establece el artículo primero de la Ley 41 de 1.975:

Art. 1o. Deróganse los artículos primero y segundo del Decreto 1253 del 27 de Junio de 1975, por el cual se modificó el artículo 76 del Decreto 2016 del 17 de Julio de 1968.

La misma Ley estableció en su artículo segundo:

Art. 2o. Las prestaciones Sociales de los Empleados del servicio exterior se liquidarán y pagarán con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del Decreto 2016 de 1968, salvo lo previsto en el artículo 66 del mismo Decreto.

Según la norma transcrita, la Caja Nacional de Previsión Social, no podía el día 8 de abril de 1976 que fue cuando emitió la resolución No. 1164, dar aplicación a una disposición derogada por la citada ley 41 de 1975 pues, es muy clara tal norma al haber derogado el Decreto que otorgaba tal prerrogativa.

Como podrá observarse el señor ENRIQUE ALFONSO DUARTE AGUILERA trabajó al servicio de la Rama Diplomática y Consular y por tal razón debía dársele aplicación al citado decreto 2016 de 1968 o, en su defecto el artículo segundo de la Ley 41 de 1975 transcrito.

SECCION SEGUNDA

Por las consideraciones anteriores estimo que la Resolución acusada viola la ley 41 de 1975 y la misma Constitución Nacional, razón por la cual solicito a esa Honorable Corporación decrete la Nulidad de la misma providencia.” (fl. 10).

La Fiscalía Cuarta del Consejo de Estado, al descorrer el traslado de rigor, solicita se denieguen las súplicas de la demanda, con fundamento en concepto de febrero 9 de 1990, que a la letra dice:

“El señor Enrique Alfonso Duarte Aguilera solicitó a la Caja Nacional de Previsión la reliquidación de su pensión de jubilación. La Caja, por Resolución No. 1164 de Abril 8 de 1976, accedió a ello aplicándole el art. 1o. del Decreto 1523 (sic) de 1975 que disponía liquidar la mesada tomando como base la moneda en que se percibían las respectivas remuneraciones. Y lo hizo así, a pesar de advertir, con buen tino, que dicha norma había sido derogada pero que por haber adquirido el solicitante su derecho a la reliquidación dentro de la vigencia de la norma derogada, e inclusive, haber hecho la solicitud con fecha anterior a la de la vigencia de la Ley 41 de 1975 (que deroga el memorado art. 1o. del Decreto 1523 (sic) de 1975), tenía derecho a ser amparado por la normatividad legal vigente al tiempo de satisfacción de los requisitos para pedir la reliquidación. En la anterior interpretación se apoya, expresamente, el acto acusado. Y desde luego que ella es acertada, razón por la cual los argumentos en contrario en los que se fundamenta la pretensión que nos ocupa - no resultan atendibles.

“Cabe recordar aquí como los principios doctrinarios y jurisprudenciales que respaldan la tesis adoptada en la Resolución acusada, han tenido, en los varios ordenamientos legales que disciplinan la materia, expresa acogida. Citamos, al respecto, la ley 33 de 1985 en cuyo parágrafo 3 del artículo 1o. establece:

“En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley.” (fl. 70 y 71).

SE CONSIDERA:

Se trata de dilucidar si, en el presente caso, la resolución No. 1164 de abril 8 de 1976 proferida por la Caja Nacional de Previsión Social, mediante la cual se reliquida la pensión de jubilación al señor Enrique Alfonso Duarte Aguilera, no fué expedida conforme a derecho y ajustada a las disposiciones pertinentes que regulan esta prestación.

Acorde con el contenido de la resolución impugnada, al citado señor se le reconoció y ordenó pagar una pensión mensual vitalicia de jubilación mediante la resolución No. 2768 de 1971, por servicios prestados al Estado a 30 de abril de dicho año por más de 21 años.

Luego, a través de escrito de octubre 17 de 1975, el señor Duarte Aguilera solicita la reliquidación de su pensión de jubilación, después de acreditar nuevos tiempos a cargo de la Caja Nacional de Previsión, por el período comprendido entre el 15 de mayo de 1971 y el 15 de abril de 1975, para un gran total de más de 25 años de servicios prestados al Estado, habiendo desempeñado como último cargo el de Consejero de la Embajada de Colombia en Río de Janeiro - Brasil.

Teniendo en cuenta "Que la cuantía de la pensión en el presente caso es equivalente al 75% del promedio de salarios percibidos durante el último año de servicios y tomando como base la moneda, en que se reciban las respectivas remuneraciones, de conformidad con el artículo 1 del Decreto 1253 de 1975, por haber sido demandada la prestación dentro de la vigencia de este decreto y con anterioridad a su derogación" (fl. 56), la Caja Nacional de Previsión Social procedió a reliquidar la pensión de jubilación del señor Duarte Aguilera, por medio del acto administrativo acusado en el presente proceso que ha sido reconstruido.

Ahora bien, los artículos 1o. y 2o. del decreto 1253 de Junio 27 de 1975, por el cual se modificó el artículo 76 del decreto 2016 de Julio 17 de 1968, entraron en vigencia con posterioridad a la fecha en que el señor Duarte Aguilera se retiró por última vez del servicio, es decir, a partir del 16 de abril de 1975, según se infiere del texto del acto enjuiciado (folio 55), razón por lo cual el decreto 1253 de 1975 no era aplicable en el caso sub-lite para efectos de la reliquidación de la pensión de jubilación.

Como es de conocimiento, en los términos del artículo 76 del decreto 2016 de julio 17 de 1968, las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior se liquidarán y pagarán con fundamento en las asignaciones del empleo, equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores, acorde con lo señalado en el artículo 12 de la comentada disposición y salvo lo estatuido en su artículo 66.

Después de expedido el decreto 1253 de 1975. que como ya se dijo modificó el artículo 76 del decreto 2016 de 1968, vino la Ley 41 de diciembre 11 de 1975 que regresó al sistema antiguo de liquidación de las prestaciones contemplado en dicho artículo, pues consagró que "las prestaciones sociales de los empleados del servicio exterior se liquidarán y pagarán con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de

SECCION SEGUNDA

Relaciones Exteriores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del Decreto 2016 de 1968, salvo lo previsto en el artículo 66 del mismo decreto”.

Conforme a lo planteado, pues, no era dable jurídicamente aplicar a la reliquidación de la pensión de jubilación del señor Duarte Aguilera el decreto 1253 de junio 27 de 1975, ya que como es sabido, por regla general, las leyes rigen para el futuro y sólo excepcionalmente tienen carácter retroactivo o retrospectivo. La norma aplicable al caso *sub-examine* era el artículo 76 del decreto 2016 de 1968, vigente para la época en que el señor Duarte Aguilera se retiró del servicio público a partir del 16 de abril de 1975 y no el decreto 1253 del mismo año que se expidió dos meses después de esa fecha.

Por las razones anteriores, la Sala no comparte el concepto de la Agencia del Ministerio Público, según el cual, las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar. Contrariamente, accederá a las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

Declárase la nulidad de la resolución No. 1164 de abril 8 de 1976, expedida por el Director de la Caja Nacional de Previsión Social -Seccional Especial de Cundinamarca-, mediante la cual se reliquidó la pensión de jubilación del señor Enrique Alfonso Duarte Aguilera.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veintidós (22) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

**INSCREDIAL / GERENTE / DELEGACION DE FUNCIONES /
SUBGERENTE ADMINISTRATIVO / REMOCION -
Improcedencia / DIRECTOR REGIONAL - Solicitud Motivada**

El gerente administrativo removió al actor sin que mediara la previa solicitud debidamente motivada del Director Regional Caldas, con sede en Manizales; esto es; sin dar cumplimiento a la condición o regla que le fijó la delegación respectiva, por manera que los cargos que le formula el libelo de la demanda al acto acusados son ciertos y estan debidamente probados.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá, D. C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1 993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora*

Referencia : exp. No. 4564. Autoridades nacionales. Actor: HERNAN DE J. CASTILLO OROZCO.

Decide la sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 23 de septiembre de 1988, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se declaró la caducidad de la acción por haberse promovido después de transcurridos más de cuatro meses desde la fecha en que se le comunicó al demandante la Resolución No. 2468 del 5 de octubre de 1982, de Instituto de Crédito Territorial, que declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Jefe de Sección 2075-02 de la Sección de Tesorería de la Regional Caldas, con sede en Manizales.

SECCION SEGUNDA

EL RECURSO :

El recurrente hace hincapié en que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial; por ello, expresa que el Tribunal se equivocó al proferir su fallo, toda vez que no está demostrado que la resolución acusada le haya sido comunicada el 7 de octubre de 1982, fecha de expedición del escrito por el cual se le comunicaba la insubsistencia de su nombramiento. Aduce, entonces, que “si no se tiene noticia sobre la fecha en que el actor tuvo conocimiento de la decisión de la Administración acerca del hecho de su retiro del servicio, forzosamente habría que tomar la ejecución de la Resolución de insubsistencia -que lo fue el 23 de diciembre de 1982- como el momento desde el cual ha de contarse el término de cuatro (4) meses, para efectos de la caducidad en tales condiciones la acción no estaría caducada, puesto que se habría presentado la demanda dentro del término previsto por el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo”. (Fl. 170).

Agrega que si el término de caducidad se cuenta desde el 7 de octubre de 1982, se “estaría privando de efectos legales un acto administrativo que, ciertamente, los prorrogó hasta el 23 de diciembre de 1982” (Fl. 170), lo cual traería como consecuencia que en caso de tener éxito la acción “los sueldos y salarios deberán contarse desde el 23 de diciembre de 1982, y no desde el día en que se comunicó”. (Fl. 170).

Más adelante sostiene que el término de caducidad venció el 27 de febrero de 1983, puesto que “según el Decreto Legislativo 366 de 1959 los días comprendidos entre el 20 de diciembre y el 10 de enero son de vacancia judicial, el plazo de los cuatro meses debe correrse hasta el 27 de febrero de 1983”. (Fl. 170).

LA VISTA FISCAL :

La Fiscalía Cuarta de la Corporación (hoy Procuraduría Cuarta) opina que el planteamiento del recurrente en el sentido de que el término de caducidad de la acción debe contarse a partir de la ejecución del acto de insubsistencia carece de validez, “ya que contra actos declaratorios de insubsistencia de empleados de libre nombramiento y remoción, como el demandado, no procede recurso alguno y se ejecutarían en la misma fecha en que se expiden. Deben comunicarse, sí, pero en el *sub-lite* se calla sobre el particular haciéndose énfasis solo en la fecha de su ejecución (“cabal cumplimiento”, dice el demandante). Por ello el inhibitorio apelado amerita confirmación” (Fl. 175).

Surtido el trámite de ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES :

Es cierto que no aparece constancia en autos de que el oficio No. 20775 del 7 de octubre de 1982, del Jefe de la División de Relaciones Humanas del Instituto de Crédito Territorial (Fl. 271, anexo No. 1), hubiera sido recibido por el demandante.

En cambio, está demostrado que el actor ejerció las funciones propias de su empleo hasta el 31 de diciembre de 1982, porque en tratándose de un empleado de manejo, estaba obligado a efectuar la entrega de los bienes y elementos a su cargo.

Sin embargo, la Sala discrepa de lo afirmado en la demanda, en cuanto al hecho de que el acto de insubsistencia sólo se ejecutó a partir del momento en que el demandante quedó fuera del servicio, puesto que una cosa es el desarrollo normal de las funciones del empleo y otra la entrega del mismo a otra persona. Esto es, que la resolución de insubsistencia, -a falta de otra fecha que lo indique de manera precisa-, se ejecutó cuando tomó posesión del cargo que venía ocupando el actor, su reemplazo; y en el expediente consta (Anexo con hoja de vida de Martha Elena Marulanda Caro, folio 333), que esto ocurrió el día 6 de diciembre de 1982.

Por tanto, no tienen razón la demandada ni el demandante en cuanto a la fecha en que realmente se ejecutó el acto de insubsistencia y por ende, respecto de cuál es la que debe tenerse en cuenta para contar el término de caducidad.

En consecuencia, si como ya se vió ese término debía correr a partir del 6 de diciembre de 1982, es claro que los cuatro meses previstos en la ley para el ejercicio de la acción correspondiente iban hasta el 6 de abril de 1983. Como según la atestación secretarial la demanda se presentó el 25 de febrero de 1983, es incuestionable que fue incoada en el término hábil.

El segundo aspecto tiene que ver con la competencia del Subgerente Administrativo del Instituto de Crédito Territorial para declarar insubsistente al demandante, toda vez que en el acto acusado (Folio 10), dicho funcionario indica que lo expide "en uso de sus facultades legales".

Las facultades a las que se refiere el proveído en comento están consagradas en la Resolución No. 2194 de 1982 (Orgánica), "Por la cual se modifica la Resolución Orgánica No. 2507 de 1.980", en la que el Gerente General del organismo "en uso de sus facultades legales, estatutarias y en especial de las conferidas mediante Acuerdo No. 067 de 1980 de la Junta

SECCION SEGUNDA

Directiva”, además de las funciones que ya le había delegado al Subgerente Administrativo mediante la que allí se mencionada, dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 2o. Deléganse en el Subgerente Administrativo las siguientes funciones:

a. Nombrar y contratar personal para las Regionales y Oficinas Locales, excepto a los Directores Regionales y Jefes de Oficinas locales.

b. Trasladar, encargar, ascender o remover al personal de las Regionales y Oficinas Locales.

PARAGRAFO. Para el cumplimiento de los literales a y b de éste artículo, los Directores Regionales o Jefes de Oficina Local, deberán formular la solicitud respectiva, debidamente motivada, al Subgerente Administrativo adjuntando las Hojas de Vida y demás documentos pertinentes para el efecto.” (Las negrillas y subrayados no son del texto). (Folio 49).

En la demanda se afirma (Folio 4), que únicamente el Gerente General podía remover al demandante, si bien se acepta que podía delegar funciones en sus subalternos, “con autorización expresa de la Junta Directiva”. Sin embargo, se sostiene que en el Acuerdo No. 067 de 1980 no se prevé como delegable la de remover al personal y por consiguiente, ésta seguía siendo privativa de dicho funcionario. Sin embargo, la parte actora no demostró este predicado, por lo que la Sala tendrá que aceptar como válida la delegación hecha en cabeza del Subgerente Administrativo. Otra cosa es que se trate de una delegación condicionada o reglada, conforme al Parágrafo del artículo transcrito.

Al folio 129 del cuaderno principal obra la constancia expedida por el Director Regional del Instituto de Crédito Territorial en Caldas el 30 de marzo de 1987, en la que se lee:

“Que revisados los archivos de la Dirección Regional no aparece constancia alguna de que esta oficina hubiese enviado documentos al Subgerente Administrativo de la Casa Principal solicitando la remoción del señor Hernán Castillo Orozco”. (Se subraya).

Lo anterior significa, entonces, que el Subgerente Administrativo removió al actor sin que mediara la previa solicitud debidamente motivada del Director de la Regional Caldas, con sede en Manizales; esto es, sin dar cumplimiento a la condición o regla que le fijó la delegación respectiva, por manera que los

cargos que le formula el libelo de demanda al acto acusado son ciertos y están debidamente probados.

Por consiguiente, habrá de revocarse la sentencia apelada y en su lugar se accederá a las súplicas de la demanda, en la forma como están consignadas en el escrito de folios 2 a 5 del expediente, con la salvedad de que las condenas se impondrán a cargo del Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana -INURBE-, por virtud de lo dispuesto en el artículo 10o. de la Ley 3a. de 1.991, que reza:

“A partir de la vigencia de la presente ley el Instituto de Crédito Territorial -ICT- se denominará Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana -INURBE-. Para todos los efectos legales las actuaciones administrativas adelantadas por el Instituto de Crédito Territorial, con anterioridad a la vigencia de la presente ley, se entenderán realizadas a nombre del Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana -INURBE-.

El Instituto mantendrá su naturaleza de establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio e independiente, adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico”.
(Se subraya).

Aunque el Consejero Ponente en este asunto no comparte la tesis mayoritaria de la Sala en cuanto a la orden de que de las condenas se descuenten las sumas que haya recibido el demandante del Tesoro Público por servicios laborales a otras entidades oficiales en el lapso al cual se refieren las mismas, porque considera que aquéllas tienen el carácter de indemnización por los perjuicios que genera la ilegalidad en que incurrió la administración y no el de una segunda asignación en los términos de los artículos 64 de la Constitución de 1886 y 128 de la de 1991, por respeto a esa mayoría la incluirá en la parte resolutive sin salvar su voto sobre el particular, por cuanto en los demás aspectos su pensamiento coincide plenamente con el de los demás Magistrados de la Sección.

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,

SECCION SEGUNDA

FALLA :

Primero.- Revócase la sentencia proferida el 23 de septiembre de 1988 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto declaró la caducidad de la acción en este proceso.

Segundo.- En su lugar, decrétase la nulidad de la Resolución No. 2468 del 5 de octubre de 1982, expedida por el Subgerente Administrativo del Instituto de Crédito Territorial, por la cual se declaró insubsistente en nombramiento hecho al doctor HERNAN CASTILLO OROZCO para el cargo de Jefe de Sección de Tesorería, de la Regional Caldas, con sede en Manizales.

Tercero.- Como consecuencia de lo anterior y según lo expresado en la parte motiva de esta providencia, el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana -INURBE-, deberá reintegrar al doctor HERNAN CASTILLO OROZCO en dicho cargo, o en otro de igual o superior categoría.

Cuarto.- El Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana -INURBE-, deberá pagar a favor del doctor HERNAN CASTILLO OROZCO los sueldos y prestaciones sociales causados y dejados de percibir entre la fecha del retiro y la del reintegro, teniendo en cuenta los aumentos de asignaciones que hubiese tenido el cargo.

Quinto.- De las sumas a que asciendan las anteriores condenas, deberán descontarse las cantidades que haya recibido el doctor HERNAN CASTILLO OROZCO del Tesoro Público durante dicho período, por los mismos conceptos.

Sexto.- Declárase que no hay solución de continuidad en los servicios laborales prestados por el doctor HERNAN CASTILLO OROZCO a dicha entidad por razón del lapso que medie entre las fechas del retiro y la del reintegro.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día 10. de abril de 1993.

Diego Younes Moreno, Presidente; Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**CARRERA JUDICIAL / NOMINADOR - Facultades / PERIODO
JUDICIAL**

Con la declaratoria de inexecutable de los art. 29 Decreto-Ley 052 de 1987, en cuanto dicen: “en estricto orden de resultados” y “En riguroso orden de méritos” los organismos judiciales nominadores obraron la facultad de escoger a quienes deban ocupar los cargos respondientes sin sujeción al orden estricto que hubieren registrado los concursos. No encuentra, pues, la Sala que el Tribunal al postular y elegir como lo hizo, a un aspirante al cargo dentro de la lista de elegibles, haya violado normas de carácter constitucional o legal alguna.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Alvaro Lecompete Luna.*

Referencia: Expediente No. 4702. Autoridades Nacionales. Actor:
OLEYDA DEL SOCORRO MARTÍNEZ.

Cumplido el trámite de rigor de la segunda instancia y no observándose causal que incida en la validez de lo actuado, procédese a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 4 de agosto de 1989, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquía y en el cual fueron denegadas las pretensiones formuladas en el libelo correspondiente.

SECCION SEGUNDA

I- ANTECEDENTES

A) DE LA DEMANDA.

Pretende el demandante que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Acuerdo No. 19 de 27 de junio de 1988, expresado mediante el acta No. 19 de la sesión ordinaria de esa misma fecha, en lo referente al nombramiento del doctor Ramón de Jesús Henao Ossa para el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Betania (Antioquia).

A título de restablecimiento del derecho consecencial de la declaratoria de nulidad de dicho acto, impétrase el reintegro en propiedad al cargo que venía desempeñando en el período legal de los jueces, 1987-1989, el reconocimiento y pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación hasta cuando se produzca su reintegro o hasta la culminación del período 1987-1989, así como la indemnización de los perjuicios materiales y morales ocasionados, estimándose éstos en mil gramos de oro puro y a la actualización de la condena con base en el índice de precios al consumidor.

B) DE LOS HECHOS PLANTEADOS POR LA PARTE ACTORA

Como fundamentos del hecho la apoderada de la parte actora, en síntesis, expone los siguientes:

1) Que la actora estuvo vinculada a la Rama Jurisdiccional desde el 11 de septiembre de 1979, desempeñando desde esa fecha el cargo de Juez Promiscuo en los municipios de Mutatá - 11 de septiembre de 1979 a 28 de septiembre de 1980-; Amagá -29 de septiembre de 1980 a 8 de marzo de 1981- y Betania desde el 9 de marzo de 1981 a 11 de julio de 1988, fecha ésta en la que fue desvinculada del cargo mediante el acuerdo demandado.

2) Que terminado el período 1985-1987, el Tribunal Superior de Medellín se abstuvo de pronunciarse con relación al nombramiento de jueces, razón por la cual, éstos siguieron laborando dentro del período 1987-1989.

3) Que con motivo de la expedición de los Decretos 2400 de 1986 y 052 de 1987, los jueces de la República ingresaron a la carrera judicial.

4) Que la actora se inscribió y participó en el concurso de méritos realizado en el Departamento de Antioquia, aspirando a un juzgado penal del circuito, obteniendo 37 puntos para ese cargo y 45 puntos para el que desempeñaba en ese momento. No obstante haber aprobado el concurso y haber transcurrido 10

meses del nuevo período, el Tribunal Superior de Medellín por Acuerdo No. 19 nombró, entre otros, a Ramón de J. Henao Ossa como Juez Promiscuo Municipal de Betania (Antioquia), dejando “por fuera” a Oleyda del Socorro Martínez Ruiz.

5) Que el Tribunal Superior de Medellín desbordó, pues, la facultad discrecional al nombrar a los jueces, por cuanto se ocupó de hacerlo cuando ya el período legal venía transcurriendo y porque contravino la finalidad de la carrera judicial de dotar a la justicia de personas idóneas, dado que, consideró más apto para el cargo de juez a un funcionario que no venía ocupándolo y cuyos puntajes obtenidos en las pruebas realizadas, fueron inferiores a los de la actora.

C) DE LAS NORMAS VIOLADAS Y DEL CONCEPTO DE LA VIOLACION SEGUN LA DEMANDA.

Estima el ahora recurrente que con la expedición del acto acusado se violaron normas de carácter superior, como los artículos 158, inciso 2o., 160 inciso 1o., 162, 215, 23 y 26 de la Constitución Nacional; 73 y 74, en concordancia con los artículos 14, 28, 34 y 35 del Decreto 01 de 1984; Decreto 250 de 1970 artículos 6, 25, 38 y 42; Decreto 1660 de 1978, artículos 24, 25 y 26 numeral 1o., parágrafo 1, 27 y 28 y 5 y 34 del Decreto 052 de 1987.

Los motivos en que se basa para afirmar acerca de la violación de dichas normas, aparecen expuesto a folios 18 a 21 del expediente.

II.- DE LAS CONSIDERACIONES DEL FALLO RECURRIDO

El Tribunal de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, apoyándose en lo siguiente:

“2. La demandante parte de un supuesto erróneo: el mero hecho de participar en el concurso de conocimientos y obtener una calificación determinada impone el acceso automático del interesado a la carrera judicial. Olvida que sólo es un paso -muy importante, desde luego, pero paso al fin- en el logro de ese objetivo. Además, el artículo 5o. del Decreto 52 de 1987, relativo al Estatuto de la Carrera Judicial, preceptúa que “el sistema de méritos se establece con la finalidad de asegurar el ingreso y promoción en la Administración de justicia, de las personas más idóneas, mediante el análisis y evaluación de sus calidades, conocimientos, capacidad, vocación y experiencia. . .” Esto es, que el nominador no está vinculado necesariamente a un puntaje determinado: el obtenido en materia de conocimientos, por ejemplo, sino que escoge a quien crea más idóneo, luego de valorar en su conjunto, sus calidades, su experiencia, etc.

SECCION SEGUNDA

2.1. No es, pues, cierto lo de la situación jurídica consolidada, que aquí se predica. La participación en el concurso es, se repite, una etapa, una fase del proceso de selección, por cuanto es el nombramiento en propiedad, dentro de la carrera judicial el que atribuye una relativa estabilidad en el ejercicio del empleo de juez.

2.2. Si la actora tuviera razón en su aserto, habría que concluir así: a.- Que el Tribunal Superior no podría escoger entre los candidatos que calificaran, sino que estaría obligado a nombrarla a ella, lo que contradiría el texto del artículo 5o, antes transcrito, y b.- Ni le sería permitido negarle su reelección al funcionario que hubiera obtenido 2 calificaciones insatisfactorias (artículo 51. Decreto 52 de 1987).

3.- Alega también que el nominador “desbordó los límites de la potestad discrecional al nombrar a los jueces: primero porque se ocupó de hacerlo cuando ya el período constitucional y legal venía transcurriendo, y segundo, porque contravino la finalidad de la carrera judicial de dotar a la justicia de “Personas idóneas”. Es pues, la misma interesada la que afirma que su período constitucional ya estaba precluído, es decir, que había descendido en su status laboral de la situación nombrada en **propiedad** a la de nombrada en **interinidad**. Y ello es exacto, porque el ingreso al servicio de la Administración de Justicia se hará, según el artículo 37 del Decreto 52 de 1987, “...en propiedad, en interinidad o por encargo para los empleados de libre designación. Por nombramiento en propiedad, en período de prueba o en provisionalidad para los de carrera. En todo caso la provisión de los cargos se hará con el lleno de los requisitos constitucionales y legales exigidos para el ejercicio de los mismos. . .”. Como Oleyda del Socorro no fue designada en propiedad, ha de concluirse que actuaba como una **interina**.

3.1. Interesa anotar que el mencionado Decreto 52 de 1987, vigente en la época de la insubsistencia, abolió el privilegio que tornaba en **propiedad** una permanencia de más de 90 días en un juzgado, después de concluído el período respectivo.

4.- La demandante Oleyda del Socorro hace también hincapié en el hecho de haber sido reemplazada por una aspirante que “obtuvo un menor puntaje en el concurso y que ni siquiera aspiraba al cargo ...”. Como lo dice el colaborador fiscal, el puntaje no refleja muchas veces las reales condiciones de buen criterio, amplia cultura jurídica y general, etc. En ocasiones acontece que una persona que acaba de ingresar a la rama jurisdiccional y carece, por ejemplo, de puntos en el concepto de **antigüedad**, sea más idónea para ejercer el empleo de juez, que la que haya permanecido allí

durante 4 o 5 o más años. De ahí que los estatutos sobre carrera judicial consagren el relativo grado de discrecionalidad de que se trata.”

III.- DEL CONCEPTO FISCAL

Estima la señora Fiscal Quinta del Consejo de Estado, compartiendo las argumentaciones del *a-quo*, que el acto acusado no violó norma constitucional ni legal alguna, por cuanto el período para el que fue nombrada en propiedad había terminado y el hecho de haber permanecido en el cargo por más de 90 días dentro del nuevo período no le daba ningún derecho a ser nombrada en propiedad. Tampoco el hecho de haber concursado le daba una relativa estabilidad dentro de la carrera judicial, hasta tanto no fuera inscrita en ella, lo cual no ocurrió en el presente caso. Y en cuanto a la violación del artículo 5o. del Decreto 52 de 1987, se tiene que de la lista de elegibles se puede seleccionar a una persona que no necesariamente deba ser aquella que tenga más puntaje, porque el nominador podía hacer uso de la facultad discrecional tanto del marco de elegibles, así no existiera solicitud expresa para un cargo especial.

“En estas condiciones, como la demandante y el doctor Henaó figuraban en la lista de elegibles, podía el Tribunal designar a la persona que reuniera los requisitos señalados en el artículo 5o. del Decreto 52. de 1987, como en efecto lo hizo. Se nota sí que el Tribunal ha debido nombrar jueces en provisionalidad mientras el proceso de selección culminara, pero como ello no ocurrió así, los que desempeñaban el cargo al momento de terminación del período, podían permanecer en los mismos hasta el proceso de selección.”

Agotado el trámite propio de la segunda instancia sin que se observe defecto que vicie de nulidad adjetiva la actuación,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Ha pretendido la demandante, la nulidad del Acuerdo No. 19 de 27 de junio de 1988, emanado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en cuanto no la eligió como juez promiscuo municipal de Betania y arguye para ello que, el Tribunal estaba en la obligación de nombrarla en propiedad para el resto del período que estaba en curso, por cuanto había sido designada en propiedad para el período anterior, permaneciendo en el cargo por más de 90 días y había obtenido buen puntaje en las pruebas a que fueron sometidos los aspirantes a jueces, y como no lo hizo, revocó en forma directa el acto administrativo por el cual fue nombrada para el cargo que venía desempeñando.

Es sabido que con la expedición del Decreto 052 de 1987, que reorganizó y puso en marcha la carrera judicial, la Corte Suprema de Justicia se abstuvo

SECCION SEGUNDA

de nombrar a los magistrados de los tribunales y estos a su vez de nombrar a los jueces de sus respectivos distritos, para el período que iniciaba en septiembre de ese mismo año, y es así, como los jueces que venían en el cargo siguieron desempeñándolo en forma ininterrumpida, por lo que una vez reunidos los requisitos y presentadas las pruebas exigidas, los tribunales procedieron a hacer las elecciones entre los aspirantes que resultaron elegibles.

Ahora bien, con la declaratoria de inexecuibilidad de los apartes del artículo 29 del Decreto-Ley antes mencionado, en cuanto dicen: "En estricto orden de resultados" y "En riguroso orden de mérito", los organismo judiciales nominadores recobraron la facultad de escoger a quienes deban ocupar los cargos correspondientes sin sujeción al orden estricto que hubieren registrado los concursos. No encuentra, pues, la Sala que el tribunal al postular y elegir como lo hizo, a un aspirante al cargo dentro de la lista de elegibles, haya violado normas de carácter constitucional o legal alguna.

En cuanto a que con el acto impugnado se revocó directamente el nombramiento de la actora, sin seguirse previamente las actuaciones administrativas pertinentes ni mediara el consentimiento expreso y por escrito de la actora, tampoco encuentra la Sala violación de norma legal alguna, por cuanto no puede revocarse un acto que no ha tenido existencia jurídica, o como bien lo acota el agente fiscal del Tribunal, mal podría revocarse el nombramiento que no ha sido hecho.

Con base en las argumentaciones anteriores infiere la Sala que el acto demandado contenido en el Acuerdo No. 19 de 27 de junio de 1988 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín no quebrantó norma constitucional ni legal que amerite su anulación, en razón de lo cual la Sala confirmará 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:

Confírmase la sentencia de 4 de agosto de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en este asunto.

Cópiese, notifíquese, devuélvase, al Tribunal de Origen. Cúmplase.-

EXP. -4702

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 1o. de abril de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

FACULTAD DISCRECIONAL / TRATADOS INTERNACIONALES / LEGISLACION INTERNA / EMPLEADO PUBLICO - Estabilidad

Tratándose de la incorporación de pactos o tratados internacionales en materias de carácter laboral, es que esos convenios se aplican en la medida en que no pugnen con aquél; y en cuanto se hayan desarrollado por la legislación interna. Y es lo cierto que la aplicación que hace el Ejecutivo en Colombia de la denominada facultad discrecional, es similar a la que se presenta en otros países de la órbita occidental, lo cual resulta explicable si se considera que nuestros ordenamientos positivos dimanen de fuentes comunes o similares. Por consiguiente, no es cierto que los pactos internacionales consagren la “estabilidad absoluta” de los empleados públicos y que por ende, haya que aplicar ese postulado en el Derecho Administrativo Colombiano. La estabilidad de todos los funcionarios es una meta deseable y en alguna medida, provechosa. Empero, ningún ordenamiento la consagra en esos términos, sino que siempre la condiciona a factores tales como la honradez, eficiencia, lealtad, capacidad, etc., y desde luego, a las necesidades del buen servicio. Otra cosa es que se exija que las razones que alega la administración para remover a un empleado, sean serias y ciertas.

INSUBSISTENCIA / PENSION DE JUBILACION

Considera conveniente la Sala precisar que lo que dicho ordenamiento consagra es el derecho de los empleados oficiales a no ser obligados a jubilarse antes de los 60 años de edad; y en el caso en estudio es ostensible que no se le retiró del servicio para jubilarlo, sino en ejercicio de la llamada “facultad discrecional”; fuera de ello, en el decurso del proceso el Departamento insistió en que esa facultad se

utilizó por razones del buen servicio, sin que el actor hubiera enfilado sus argumentos ni sus recursos probatorios en contra de ese supuesto.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 4748. Autoridades Departamentales. Actor: JAIME ALFONSO RANGEL PARRA.

Decide la Sala el recurso de Apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 8 de septiembre de 1989, mediante la cual negó la nulidad de los Decretos números 00616 del 28 de abril de 1987 y 00617 del 28 de abril de 1987, expedidos por el Gobernador del Departamento del Tolima.

LA DEMANDA:

Los hechos del libelo se pueden resumir así:

1. El actor fue vinculado al servicio del Departamento del Tolima como empleado público, y laboró con honestidad, dedicación y eficiencia; por tanto, no fue desvinculado por razones del buen servicio.
2. Su reemplazo fue designado sin el cumplimiento de los requisitos que debían atender el Gobernador y sus secretarios y agentes.
3. El demandante tenía derecho a permanecer en su empleo y ser promovido, por el simple hecho del tiempo servido y su capacidad; así mismo, a no ser discriminado por sus opiniones políticas; estos derechos emanan de los Pactos Internacionales aprobados por el Congreso de la República, puesto que obligan a todos los funcionarios oficiales.
4. El Gobernador del Departamento no adelantó ningún procedimiento disciplinario contra Rangel Parra, que hubiese justificado su retiro; por ello, éste ha sufrido "ingentes perjuicios materiales y morales".
5. La indexación es un hecho notorio y como tal debe aplicarse; y en cuanto a los intereses, es claro que no los excluye la aplicación de aquélla.

SECCION SEGUNDA

Con asidero en esos elementos, se formulan pretensiones de nulidad de los Decretos ya mencionados, -el primero, que declaró insubsistente al actor y el segundo, que designó su reemplazo-, como también el reintegro, salarios y prestaciones dejados de percibir entre las fechas de retiro y la de su reincorporación, intereses compensatorios y ajustes de valor (corrección monetaria).

El actor formuló inicialmente tres cargos contra el acto acusado, que luego aumentó en uno mediante adición del escrito de demanda, los cuales serán analizados por la Sala más adelante.

LA SENTENCIA IMPUGNADA:

El *a-quo* negó las pretensiones de la demanda, por las consideraciones que en seguida se sintetizan:

a) No hubo violación de la ley por irregularidad en la vinculación del reemplazo del demandante.

Al respecto, dijo el Tribunal que el acto de remoción y el nombramiento del reemplazo son autónomos e independientes y no existe entre ambos relación de causalidad.

b) No es válido afirmar que la insubsistencia implica violación como una modalidad de trato discriminatorio dado al actor como fruto del desconocimiento de sus derechos civiles y políticos.

Sobre el particular, dijo el *a-quo* que los Pactos Internacionales en los que se sustenta el recurrente no pueden amarrar al Estado Colombiano en lo que hace con el ejercicio de la llamada "discrecionalidad", y que no es cierto que establezcan una "estabilidad" absoluta.

c) No hubo desviación de las atribuciones propias del Gobernador del Departamento del Tolima.

Al respecto, señaló el Tribunal que los afectos, odios políticos o religiosos, no pueden ser por sí solos motivos para el retiro del servicio de una persona. Empero, en el proceso no se probó por ningún medio idóneo esa conducta en cabeza del nominador.

d) Si el actor tenía requisitos para disfrutar de pensión de jubilación, y según la demanda se le removió por esa razón, lo cierto es que no se acreditó que eso fuera lo que motivó al Gobernador para desvincularlo.

EL RECURSO:

En la sustentación del recurso (Folios 57-60), se aduce que:

I. Para el Tribunal los Pactos Internacionales no tienen la importancia que el derecho universal les ha asignado.

II. El ordenamiento jurídico internacional impone a los Estados una serie de deberes, entre los que se encuentra el de adaptar su derecho interno a ese orden supranacional.

III. Las actuaciones del derecho interno contrarias al Derecho Internacional engendran una "responsabilidad internacional".

IV. Hay una clara supremacía del Derecho Internacional sobre el interno.

V. En cuanto a si el actor tenía una especie de fuero de estabilidad por reunir requisitos para pensión y poder ampararse en lo dispuesto por la Ley 33 de 1985, piensa que no era carga probatoria suya la de demostrar que por esa causa lo removió el Gobernador, sino que por el contrario, si de las pruebas fluye esa intención, la sentencia ha debido plasmar que "se soslayó el procedimiento".

ALEGATO DEL DEMANDADO:

Por su parte, el apoderado del Departamento expresó en su alegato de instancia que en este evento se trata de un "caso típico del ejercicio de la potestad de libre remoción con que cuenta la (sic) administración pública", que se ejercita discrecionalmente cuando hay empleados a los que se "considera no aptos para continuar desarrollando dichas labores". En su opinión, el actor "reconoce que el departamento del Tolima actuó (sic) legalmente". En lo que concierne con los móviles políticos de los actos acusados, dice que "se carece por completo de pruebas para dar por cierto (sic) los dichos del actor".

Finalmente, dice que:

"En cuanto a los otros cargos encuentro consecuentemente con la realidad jurídica nacional, los planteados del (sic) Tribunal Administrativo del Tolima. Al igual que los señores magistrados de dicha corporación, consideró (sic) que el presente asunto no debió nacer a la vida procesal. Se trató en todo momento del simple ejercicio normal y natural de la libre remoción que no da ni quita derecho alguno al sujeto pasivo de su contenido." (Folio 73).

SECCION SEGUNDA

EL CONCEPTO FISCAL:

El Colaborador Fiscal acogió íntegramente los planteamientos del Tribunal en cuanto los tres primeros cargos formulados por el demandante. Y en cuanto al cuarto, precisó que **“no hay ninguna prueba que permita concluir que la demandada tuviera conocimiento de esta situación”**; por ello, conceptúa que tampoco debe prosperar este cargo, y en consecuencia, pide la confirmación de lo dispuesto por el *a-quo*.

Surtido el trámite de rigor y no encontrándose causal de nulidad que invalide la actuación, procede la Sala a desatar el recurso, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Como lo sostuvo el *a-quo*, es evidente que el acto mediante el cual se designó el reemplazo del demandante es autónomo e independiente del de su remoción, por manera que ni siquiera en el evento de ser ciertas las afirmaciones del libelo en cuanto a que no se cumplieron los pasos previos o procedimientos que las normas departamentales le señalan al Gobernador del Departamento del Tolima para ese caso, podría generarse la consecuencia de que acarrearía también la nulidad del acto de remoción del actor, por esa sólo circunstancia. Máxime cuando -como en el *sub-lite-*, no se comprobó ese hecho.

Ahora bien; en relación con el segundo cargo, no son ciertas las consecuencias expuestas por el actor en cuanto a la oposición que pueda existir entre normas de carácter supranacional y las del derecho interno. En efecto, lo que ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia, en tratándose de la incorporación de pactos o tratados internacionales en materias de carácter laboral, es que esos convenios se aplican en la medida en que no pugnen con aquél; y en cuanto se hayan desarrollado por la legislación interna. Y es lo cierto que la aplicación que hace el Ejecutivo en Colombia de la denominada facultad discrecional, es similar a la que se presenta en otros países de la órbita occidental, lo cual resulta explicable si se considera que nuestros ordenamientos positivos dimanen de fuentes comunes o similares.

Por consiguiente, no es cierto que los pactos internacionales consagren la “estabilidad absoluta” de los empleados públicos y que por ende, haya que aplicar ese postulado en el Derecho Administrativo Colombiano. La estabilidad de todos los funcionarios es una meta deseable y en alguna medida, provechosa. Empero, ningún ordenamiento la consagra en esos términos, sino que siempre la condiciona a factores tales como la honradez, eficiencia, lealtad, capacidad, etc., y desde luego, a las necesidades del buen servicio. Otra cosa es que se

exija que las razones que alega la administración para remover a un empleado, sean serias y ciertas.

De otro lado, en lo que hace con el tercer cargo, es evidente lo expresado por el Tribunal en cuanto a que no se allegaron pruebas fehacientes sobre los motivos políticos que se dice inspiraron los actos acusados. De suyo, no obra en el expediente ningún testimonio u otra clase de probanza que confirme ese vicio de los actos enjuiciados.

Por último, tampoco existe instrumento probatorio de ninguna clase que demuestre que el Gobernador del Departamento del Tolima fue informado por el actor de que tuviese las condiciones para disfrutar pensión jubilatoria y que este hecho tuviese algo que ver con su retiro.

Sin embargo, considera conveniente la Sala precisar que lo que dicho ordenamiento consagra es el derecho de los empleados oficiales a no ser obligados a jubilarse antes de los 60 años de edad; y en el caso en estudio es ostensible que no se le retiró del servicio para jubilarlo, sino en ejercicio de la llamada "facultad discrecional" fuera de ello, en el decurso del proceso el Departamento insistió en que esa facultad se utilizó por razones del buen servicio, sin que el actor hubiera enfilado sus argumentos ni sus recursos probatorios en contra de ese supuesto.

Por lo anterior, es incuestionable que no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos acusados y por consiguiente, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

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:

PRIMERO.- Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 8 de septiembre de 1989.

SEGUNDO.- Reconócese al doctor César Augusto Solanilla Chavarro, con T. P. No. 45102 del M. de J., como apoderado del Departamento del Tolima, en los términos y para los efectos del poder visible al folio 78 del expediente (Cuaderno No. 1).

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

SECCION SEGUNDA

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día quince (15) de abril de mil novecientos noventa y tres (1.993).

Diego Younes Moreno, Presidente; Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, (ausente), Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES / RETIRO DEL SERVICIO

La acumulación subjetiva que se produjo en el presente proceso, en realidad no proviene de la misma causa porque, por ejemplo, no puede afirmarse con exactitud que el motivo para retirar a uno y otro docente se debió al análisis conjunto y único de su comportamiento laboral o del examen de su hoja de vida, con ocasión de la supresión de una jornada de trabajo en el Instituto. Tampoco una y otra causa de hallan en relación de dependencia, pues el retiro de un docente, no podía conllevar el retiro del otro. En la misma forma, las pruebas que podrían conformar el acervo probatorio no tenían que ser necesariamente las mismas, pues uno y otro demandante podrían servirse de medios probatorios diferentes con el objeto de demostrar que la universidad no podía prescindir de sus servicios por distintas razones. Puesto que los demandantes fueron retirados del servicio a través de actos administrativos diferentes, los medios de convicción que cada uno de ellos deba utilizar para demostrar los hechos que sustentan la respectiva pretensión, necesariamente son los que requiere cada caso específico, independientemente de los demás, como es obvio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 4940. Autoridades Nacionales. Actora:
LIBIA ZARAMA VAHOS Y OTRO.
AUTORIDADES NACIONALES.

SECCION SEGUNDA

LIBIA ZARAMA VAHOS Y FELIX JOAQUIN MANTILLA AMAYA, solicitaron al Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de los Oficios 670 y 685 del 23 y 24 de noviembre de 1981 mediante los cuales se les comunicó su desvinculación como docentes de la Universidad Nacional en el Instituto de Aplicación Pedagógica IDAP.

LA SENTENCIA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante fallo de 18 de octubre de 1989 declaró probada la excepción de indebida acumulación de pretensiones, absteniéndose de conocer en el fondo de las súplicas de la demanda por considerar que dicha acumulación no se ajustaba a las prescripciones del numeral 3o. del Artículo 82 del C. de P.C. pues en el juicio obraban pruebas diferentes para demostrar los derechos de cada uno de los demandantes y entre sus pretensiones no existía ninguna relación de dependencia.

Para tomar esta decisión el fallo acude a la jurisprudencia de esta Corporación, y para tal efecto transcribe los fallos de 3 de noviembre de 1983, expediente 7188 con ponencia del DR. REYNALDO ARCINIEGAS B. y expediente 5976 de 2 de junio de 1982, con ponencia del Dr. JOAQUIN VANIN TELLO.

EL RECURSO:

Los actores interpusieron el recurso de apelación contra el fallo por estimar que de acuerdo con el Artículo 4o. del C. de P.C. el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, y en la interpretación de la ley procesal se deben tener en cuenta los principios generales del derecho, el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes en el proceso.

Concluye al respecto que en el presente proceso se han cumplido estos principios y por lo tanto se debe resolver en el fondo la *litis*.

Reitera que el fallo tuvo una apreciación errónea porque las acumulaciones son objetivas y subjetivas, y fué esta última la que opero en la demanda, la cual se sustenta por economía procesal, brevedad en el trámite, evitar contradicción en las sentencias, y además porque el objeto de la acción es el reintegro a los cargos y tienen la misma causa, hallándose en un todo de acuerdo al Artículo 82 del C. de P.C.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

La Fiscal Quinta del Consejo de Estado, conceptúa que debe proferirse fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda en razón a que existe indebida acumulación de pretensiones. En uno de los apartes, la Fiscalía expresa lo siguiente:

“Ahora bien, en el *sub lite*, como acertadamente lo advierte el *a-quo* en la sentencia que es objeto de impugnación, las pretensiones de cada uno de los demandantes tienen una causa propia e independiente, no versan sobre el mismo objeto, en razón de que cada uno de ellos pretende el restablecimiento de su derecho individual que se estima lesionado, por actos administrativos totalmente diferentes y autónomos. Por manera (sic) que no existe unidad de objeto, como tampoco se puede aseverar que las súplicas de los demandantes se encuentren entre sí en relación de dependencia o subordinación y, menos aún, las pruebas utilizadas para fundamentar las pretensiones del libelo inicial pueden ser valoradas y estudiadas conjuntamente, por cuanto existe la necesidad de estudiar independientemente las condiciones tanto personales como profesionales de los actores.” (se subraya)

Para resolver se considera:

1) Como el fallo recurrido estima que se acumularon indebidamente varias pretensiones, habrá de examinarse en primer término este punto, puesto que de ser así no habría lugar a proferir un fallo de mérito.

2) Conforme al Artículo 82 del C. de P.C. vigente en la fecha de presentación de la demanda, en armonía con lo dispuesto en el Artículo 267 del C.C.A., la acumulación de pretensiones es procedente aunque éstas no sean conexas, cuando el juez es competente para conocer de ellas, estas no se excluyen entre sí, salvo, que se propongan como principales y subsidiarias y puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

Prescribe esta misma disposición que en una misma demanda podrán formularse varias pretensiones de varios demandantes, siempre que provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia, o deban servirse de las mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros.

3) En igual forma, habrá indebida acumulación de pretensiones cuando no se cumpla con uno o varios de los anteriores requisitos.

SECCION SEGUNDA

4) La acumulación subjetiva que se produjo en el presente proceso, en realidad no proviene de la misma causa porque, por ejemplo, no puede afirmarse con exactitud que el motivo para retirar a uno y otro docente se debió al análisis conjunto y único de su comportamiento laboral o del examen de su hoja de vida, con ocasión de la supresión de una jornada de trabajo en el Instituto.

Tampoco una y otra causa de hallan en relación de dependencia, pues el retiro de un docente, no podía conllevar el retiro del otro.

En la misma forma, las pruebas que podrían conformar el acervo probatorio no tenían que ser necesariamente las mismas, pues uno y otro demandante podrían servirse de medios probatorios diferentes con el objeto de demostrar que la universidad no podía prescindir de sus servicios por distintas razones.

5) Por consiguiente, como con la acumulación en el presente caso no se evitaba la división en la causa, pues las pretensiones de un actor podrían prosperar y las del otro no, según el material probatorio allegado al proceso, y por el mismo motivo tampoco se afectaría la cosa juzgada, se concluye que la acumulación no era procedente.

En sentencia de 5 de octubre de 1988, esta Sala con ponencia del Dr. REYNALDO ARCINIEGAS B., expediente 424, dijo al respecto:

“Claro y definido ha sido el criterio expuesto por la Sección Segunda, cuando en numerosos casos anteriores de estas mismas características, ha señalado enfáticamente que no es procesalmente viable formular, en una sola demanda, pretensiones que tienen causa diferente y alcances igualmente diferentes.

“(....)”

Ha explicado esta Corporación en innumerables ocasiones que, para la viabilidad de la acumulación en la modalidad de litis consorcio activo, es indispensable la coincidencia plena en alguno de los supuestos que prevé la norma citada.

Ha dicho igualmente que, cuando esta disposición alude a la identidad de causa u objeto, se está refiriendo, como expresamente lo destaca el precepto, a la causa o el objeto de las pretensiones mismas y que la identidad no puede consistir simplemente en el hecho de llevar un mismo nombre, como cuando se reclama, por ejemplo, la pensión de jubilación para varios servidores del Estado, que es una en el nombre o naturaleza

Jurídica pero diversa en contenido según sea el caso particular del titular del derecho.

Respecto de la relación de dependencia, sería absurdo pensar que exista para las pretensiones de varios accionantes, como si unas y otras estuvieran subordinadas; tal suposición carece de sentido.

Finalmente, puesto que los demandantes fueron retirados del servicio a través de actos administrativos diferentes, los medios de convicción que cada uno de ellos deba utilizar para demostrar los hechos que sustentan la respectiva pretensión, necesariamente son los que requiere cada caso específico, independientemente de los demás, como es obvio. Este último aspecto se observa de bulto en la propia demanda, en cuyo capítulo de pruebas se solicita librar oficio al Jefe de Personal del Instituto demandado "para que se sirva remitir, con carácter devolutivo, las correspondientes Hojas (sic) de vida de los ex-empleados..."

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:

**CONFIRMASE EL FALLO DE 18 DE OCTUBRE DE 1989
PROFERIDO POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CUNDINAMARCA, EN EL EXPEDIENTE 82-6630, EN EL PROCESO
PROMOVIDO POR LIBIA ZARAMA VAHOS Y OTRO.**

Copiese, Notifíquese y Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día quince (15) de abril de mil novecientos noventa y tres (1.993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, (ausente), Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTARIO / DESTITUCION / SUPERINTENDENTE DE NOTARIADO Y REGISTRO - Facultades

Hallándose en pleno rigor jurídico los mandatos de orden legal que lo estatuyen (art. 4o. Decreto Extraordinario 1050 de 1968), es incuestionable que la superintendencia de Notariado y Registro, organismo adscrito al Ministerio de Justicia, puede cumplir algunas de las funciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y las que la ley le asigne, como es la de sancionar con la destitución a los notarios, aún a aquellos cuya nominación compete al Presidente de la República (Decreto 1659 de 1978, art. 18, literal e).

PROCESO DISCIPLINARIO / PROCESADO - Identificación / CEDULA DE CIUDADANIA / DERECHO DE DEFENSA

En el art. 1o. de la Ley 39 de 1961, se establece que los colombianos que hayan cumplido veintiún (21) años, sólo podrán identificarse con la cédula de ciudadanía, y que el art. 14 del acto legislativo No. 1 de 1975 y el art. 1o. de la ley 27 de 1977, prevén que para todos los efectos legales, son ciudadanos colombianos los mayores de 18 años. Tales disposiciones no pueden estimarse transgredidas por el hecho de que se haya incurrido en error al indicar el número de la cédula con la cual se identifica el actor por cuanto no es que se desconozca que los colombianos mayores de edad, se deben identificar con la cédula de ciudadanía, pues así lo reconoció la administración cuando dijo "El funcionario sancionado se identifica con la cédula de ciudadanía...". Su transgresión hubiera

vido palpable si en lugar de lo transcrito, se hubiera expresado que el actor siendo mayor de edad, se identifica con un documento diferente a la cédula de ciudadanía. Por ello no puede estimarse que por haber cometido tal equivocación, la Superintendencia quebrantó lo dispuesto en los preceptos mencionados. Distinta sería la situación si a raíz de ese yerro se hubiera vulnerado el derecho de defensa del accionante, bien porque se le hubiera impedido el agotamiento de la vía gubernativa o el ocurrir oportunamente ante esta jurisdicción a cuestionar los actos sancionatorios. Entonces sí habría necesidad de analizar y precisar los alcances y consecuencias del aludido error y definir, si por su causa, la actuación administrativa se tornó en ilegal.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruíz.*

Referencia: Expediente No. 5082. Autoridades Nacionales. Actor: JOSE AQUILES COLON GARCIA.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 12 de marzo de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre.

ANTECEDENTES.

El doctor José Aquiles Colón García a través de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho consagrada en el Artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal declarar la nulidad de las resoluciones números 446 de 10 de febrero de 1987, 2978 de 5 de agosto del mismo año y 1157 de 11 de marzo de 1988, expedidas por la Superintendencia de Notariado y Registro, mediante las cuales se le impuso y se confirmó la sanción de destitución del cargo de Notario 2o. de la ciudad de Sincelejo y, subsidiariamente, declarar que dichas resoluciones carecen de fuerza ejecutoria, por habersele identificado erróneamente con una cédula con número diferente del que distingue a la suya.

Asímismo y a título de restablecimiento del derecho impetró su reintegro al cargo mencionado, sin solución de continuidad para todos los efectos jurídicos, legales, salariales y prestacionales; que "se borren todas las anotaciones y registros en su hoja de vida" (folio 2), y se condene a la Superintendencia a pagarle las sumas de dinero a que tiene derecho por concepto de sueldos y

SECCION SEGUNDA

prestaciones sociales, desde la fecha de su desvinculación hasta cuando se produzca su reintegro al servicio. "Todo ello dentro de los términos y previsiones de los arts. 176, 177 del C.C.A., ordenando el pago de intereses comerciales durante los seis meses siguientes de la ejecutoria de la sentencia y moratorios después de este término". (folio 2).

El libelista invoca violados varios de los anteriores preceptos constitucionales (Artículos 2, 16, 20, 26, 28, 55, 76-9-12, 118-8, 120-1-5, 132, 135, 143 y 215), y legales, en virtud de que las resoluciones demandadas se expidieron sin tener en cuenta las garantías que tales normas prevén, especialmente que el Presidente de la República, como Jefe de la Administración y del Ejecutivo, tiene competencias propias que le han sido asignadas por la Constitución y en cuyo ejercicio no puede intervenir el poder legislativo o el jurisdiccional, de modo, que a él correspondía imponerle la sanción disciplinaria que se acusa.

Formula la excepción de inconstitucionalidad, y solicita la inaplicabilidad del Artículo 18, literal e) del Decreto 1659 de 1978, por haber sido dictado por el Gobierno Nacional desbordando las facultades extraordinarias conferidas por la ley 5a. de 1977, y violar la Carta Política, toda vez que "so pretexto de modificar la estructura orgánica de la Superintendencia, modificó de nuevo el procedimiento del proceso disciplinario al desplazar la competencia sancionatoria del Superintendente, a un director que de contera resulta de menor rango y jerarquía que los Notarios de primera categoría". (folios 10 y 11).

Arguye el demandante, que si al tenor de lo dispuesto en el Artículo 5c. del Decreto 2163 de 1970, el competente para nombrar a los notarios de primera categoría, es el Presidente de la República, a él correspondía destituirlo del empleo, porque la facultad de designación lleva ínsita la de remoción, competencia que no es delegable y que el Congreso tampoco puede desplazar a otras autoridades, porque ello es violatorio de los artículos 55, 120, 132 y 135 de la C.N., pues estas normas establecen la facultad de delegar las funciones del ejecutivo, por actos administrativos propios del Presidente.

Por tanto, asevera, "resultan inconstitucionales inclusive los artículos 215 del Decreto 960 en cuanto permite al Superintendente imponer la destitución, y el artículo 11 literal k) del Decreto 1659 de 1978 en cuanto puede confirmar sanciones de destitución por la vía del recurso de apelación, (folio 12), y por tanto, como los actos enjuiciados se fundamentaron en dichas normas, "debe el Tribunal declarar la nulidad de los actos impugnados, por la vía de excepción prevista en el artículo 215 de la C.N." (folio 12).

Señala igualmente, que en los mencionados actos no se le identificó legalmente, ésto es, de conformidad con lo establecido en los Artículos 1o. de la Ley 39 de 1961, 14 del Acto Legislativo No. 1 de 1975 y 1o. de la Ley 2 de 1977, puesto que se cambió el número 3.937.081 de su cédula de ciudadanía, por el número 3.391,961.

Acota que en el pliego de cargos que se le formuló mediante el oficio No. 1181 de 13 de agosto de 1985, se relacionaron los hechos que se le imputaron y las disposiciones que se estimaron transgredidas, pero que en las resoluciones demandadas se señalan otras normas como infringidas; hubo entonces modificación del pliego de cargos durante el transcurso del proceso, lo cual es violatorio de los Artículos 26 y 28 de la Constitución Política de 1886, por cuanto no se observó “la plenitud de las formas de cada juicio y la determinación previa de las presuntas infracciones que se imputan”. (folio 14), y de los Artículos 213 del Decreto 960 de 1970 y 134 del Decreto 2148 de 1983, advirtiendo que muchos de los preceptos tenidos como violados en los actos citados, no regulan faltas disciplinarias y, por ende, no se podía, respecto de ellos, presentar descargo alguno.

Niega el actor que hubiera autorizado escrituras con certificado o paz y salvos presuntamente adulterados y afirma que si se presentaron tales adulteraciones, esto ocurrió con posterioridad a la fecha de autorización de los respectivos instrumentos; y sostiene, que el hecho de haber “autorizado las escrituras, con presuntas adulteraciones, no necesariamente le acarrea responsabilidad por la comisión del delito de Falsedad”, (folio 17), y que “La Corte Suprema de Justicia ha definido que la responsabilidad de los directores y representantes de entidades, en materia penal, no es imputable directamente a éstos por su simple participación, cuando la responsabilidad del trámite, manejo y concepto corresponde a sus subalternos, a quienes se desplaza la imputabilidad y responsabilidad”. (folio 17)

Aduce también que al sancionarlo no se dio aplicación a los principios generales del derecho punitivo en materia de favorabilidad, tipicidad, antijuridicidad, etc, establecidos en la Constitución y desarrollados en el Código Penal, los cuales en virtud del Artículo 375 del Código Penal, se hacen extensivos a todo derecho sancionatorio; agrega que las providencias enjuiciadas “adolecen de un vicio fundamental cuando no hicieron análisis de la calificación y gravedad de las faltas para deducir la pena aplicable”. (folio 18), y que por ello se violaron los artículos 201, 202 y 203 del Decreto 960 de 1970 y 130 del Decreto 2148 de 1983, en concordancia con el Artículo 127 *ejusdem*.

SECCION SEGUNDA

LA SENTENCIA.

El Tribunal del conocimiento, tras declarar que no procedía declarar la ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, como lo requirió la entidad demandada, pues la excepción de inconstitucionalidad que el actor propuso, no fue requerida en el capítulo intitulado "Declaraciones y Condenas" (folio 127), indicó que no era del caso dejar de aplicar, con base en el Artículo 215 de la Constitución Política de 1886, las normas del Decreto 1659 de 1978, porque los actos impugnados son creadores de una situación individual y concreta, y tal excepción procede respecto de actos generales o impersonales, como lo dijo el Consejo de Estado en sentencia de 25 de septiembre de 1961.

Señaló igualmente el *a-quo*, que el error en la identificación del demandante en las resoluciones enjuiciadas, no afecta su validez porque a pesar de ello, fue vinculado y participó en toda la actuación que se surtió en sede administrativa; que no se discutió esta circunstancia en la vía gubernativa y que como su notificación se efectuó sin que manifestara su inconformidad sobre el particular, se infiere que aceptó la actuación administrativa y, en consecuencia, tales resoluciones produjeron todos sus efectos; que el pliego de cargos no fue modificado, porque los cargos que él contiene fueron los que tuvo en cuenta la administración para fallar el proceso disciplinario y porque la ampliación de los razonamientos jurídicos de la decisión demandada, "no implica violación al derecho de defensa ni al régimen disciplinario y mucho menos servir de causal de nulidad" (folios 131); que la responsabilidad del notario al autorizar escrituras "con presuntas adulteraciones no necesariamente le acarrea responsabilidad por la comisión del delito de falsedad" (folio 131); que su responsabilidad, respecto de sus subalternos es directa y "se funda en la idea de la culpa en la elección (in eligiendo) o en la vigilancia (in vigilando)" (folio 131), y que para ser exonerado de ella, el actor "ha debido demostrar que sí supo elegir y vigilar en adecuada forma a los subalternos o dependientes, lo cual no se hizo, ni por la vía administrativa, ni por vía Jurisdiccional". (folio 132); que la exigencia de paz y salvo para ciertos actos notariales, se hallaba vigente cuando ocurrieron los hechos sancionados, pues el Decreto número 2503 de 1987 se expidió posteriormente y, finalmente, acotó el fallador, que en la resolución número 0446 de 1987, se gradúa y califica la falta, de acuerdo con lo normado en el Artículo 204 del Decreto 960 de 1970.

Con base en los anteriores razonamientos, el Tribunal denegó las pretensiones del accionante.

EL RECURSO.

Al sustentarlo la parte actora, luego de cuestionar la sentencia en virtud de que en ella no se analizó la totalidad de los cargos, ni los distintos argumentos de la impugnación, ni se invocó en apoyo de lo decidido ninguna norma legal, y de requerir, por tal razón, que en la segunda instancia se estudien los fundamentos de la demanda, arguye que se equivocó el a-quo al considerar que en el *sub-lite* no cabe la excepción de inconstitucionalidad, cuando la expresión “en todo caso” utilizada en el Artículo 215 de la Carta Política de 1886, no arroja duda alguna acerca de que siempre que se trate de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, independientemente de que quien la haga, sea la administración o los jueces, debe, de preferencia, aplicarse la norma constitucional; que como se trata de una violación indirecta de la Carta, procede la excepción, pues el acto jurídico tiene como fundamento una ley inconstitucional; “No puede, entonces, el interprete hacer distinciones cuando la ley no las hace y tampoco acudir a interpretaciones de sentido diferente cuanto el texto de la ley es claro en su contenido gramatical, según enseñan conocidas reglas de hermenéutica jurídica”: (folios 146 y 147).

Cita en apoyo de sus planteamientos, varias sentencias del Consejo de Estado, anteriores y posteriores al fallo invocado por el *a-quo*, conforme a los cuales, la excepción de inconstitucionalidad es pertinente para impetrar la nulidad de actos administrativos particulares basados en leyes inconstitucionales.

Reprocha, por carecer de fundamento legal, la aseveración del Tribunal en el sentido de que no es posible debatir en sede jurisdiccional, lo relativo al error en su identificación, en que se incurrió en las providencias demandadas, por no haberse alegado en la vía gubernativa y reclama un pronunciamiento del juzgador sobre los argumentos relacionados con la modificación del pliego de cargos, ya que estima que no es de recibo la afirmación de que no hay variación del pliego de cargos, porque el demandante fue sancionado con base en las mismas imputaciones que inicialmente se le endilgaron, pues “se olvida que la ley impone también la obligación de sancionar exclusivamente con apoyo en las disposiciones presuntamente transgredidas”, (folio 153), precisando que en “la resolución sancionatoria 446 de 1987, en las hojas 9, 10, 11 y 12, observe que la destitución tuvo como fundamento legal, el decreto 960/70 en los artículos 99, 107 y 198 numerales 18, 13 y 15; y además el artículo 127 del decreto 2148/83. Estas disposiciones, como se destaca en el cuaderno anterior, no fueron citadas en el pliego de cargos, sino adicionadas al momento de sancionar, de lo cual se infiere la causal de nulidad invocada”. (folio 155).

Censura el recurrente lo que denomina “innovación del Tribunal al establecer la presunción de responsabilidad objetiva del Notario, por los hechos

SECCION SEGUNDA

de sus subalternos, en la modalidad de culpa in eligendi o culpa in vigilandi” (sic), (folio 155), por cuanto “en materia sancionatoria el artículo 5o. del Código Penal declara que está proscrita en forma de responsabilidad objetiva y un presupuesto del régimen disciplinario es también la imputabilidad”, (folios 155 y 156), y consecuentemente pide, que al no existir “el menor atisvo (sic) de fundamento jurídico en esta tesis”, (folio 156), el Consejo de Estado se pronuncie sobre el particular.

Advierte que conforme a la teoría de la convalidación de los actos jurídicos, propia del derecho privado, pero no aceptada en el derecho público, un hecho o un acto jurídico contrario a la ley, adquiere firmeza por la derogatoria o insubsistencia de la ley que lo prohíbe; por tanto, en materia punitiva del régimen disciplinario, la comisión de un hecho constitutivo de falta, posteriormente despenalizado, deja de constituir falta disciplinaria; de suerte, que “resultaría absurdo -como en efecto ocurrió- que la Superintendencia sancionara al demandante por haber admitido paz y salvo con presuntas adulteraciones (no se sabe de quien), no siempre perceptibles al ojo, cuando esta obligación no subsistía por derogatoria expresa de la ley. Pero menos concebible resulta que la justicia de hoy mantenga la sanción destitutoria a un Notario por un hecho que en la actualidad no constituye falta o contravención de ninguna especie”. (folio 157).

Finalmente aduce el apelante, que a pesar de lo dicho en la resolución número 446 de 1987 sobre graduación de la falta, la verdad es que no existió calificación de las que presuntamente cometió, siendo que conforme a lo previsto en los Artículos 203 y 204 del Decreto 960 de 1979, “es necesario que la falta se califique como muy grave, para proceder a la destitución”, (folio 158), y a pesar de que se exprese que el extravío de escrituras y los errores en la enumeración de los actos notariales afecta en materia grave el ejercicio de la función notarial, tal aseveración, “resulta ambigua y en grado sumo subjetiva, pues no expresa el por qué del desconcierto y de la desconfianza”. (folio 158).

Finaliza el apelante, requiriendo un pronunciamiento de fondo sobre el concepto de violación de las normas invocadas en la demanda, porque a su juicio, “se soslayaron los temas con criterios superficiales o meras afirmaciones que no vienen al caso”. (folio 159).

LA VISTA FISCAL.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación, después de precisar que la excepción de inconstitucionalidad, a pesar de la sentencia citada en el fallo impugnado, ha sido aceptada respecto de actos de contenido particular por el Consejo de Estado en providencias posteriores, señala que por exceder las

facultades conferidas por la ley 5a. de 1977, procede aplicarla en el sublite, en relación con el literal e) del Artículo 18 y con el Artículo 135 del Decreto 1659 de 1978, por cuanto el ejecutivo, sin tener facultad para ello, modificó el régimen disciplinario de los empleados sometidos a la vigilancia de la Superintendencia de Notariado y Registro, particularmente, de los Notarios, puesto que le otorgó facultad sancionadora a la Dirección de Vigilancia de las Superintendencias del ramo y fijó la competencia para desatar el recurso de apelación en el Superintendente (art. 18, literal e) y 135 del aludido Decreto 1659), desplazando así del Presidente la atribución de remoción que tiene respecto de los empleados que él nombra, entre ellos los Notarios de Primera Categoría, según voces del artículo 5o. del Decreto 2163 del 9 de noviembre de 1970.

Y agrega:

“Es principio general de derecho, relacionado con el control jerárquico que dentro de la Administración Pública se ejerce, que la autoridad que posee la facultad de nombramiento de un empleado tiene también la atribución de su remoción, naturalmente, dentro del régimen legal que, al efecto, se haya previsto, y, por eso -para el caso en estudio- era el Sr. Presidente de la República, como Gobierno, esto es, en asocio del Sr. Ministro de Justicia, quien tenía la facultad para remover, mediante destitución, al actor, luego de la averiguación administrativa correspondiente”. (fls. 170-171).

Consiguientemente, opina la Agencia del Ministerio Público, “procede la nulidad de los actos demandados, mediante inaplicabilidad de las disposiciones, en referencia y, conforme a lo establecido en el art. 215 de la Constitución Nacional”. (folio 171).

Cumplido el trámite de ley, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Razón asiste al demandante y ahora recurrente y al señor Fiscal Cuarto de la Corporación, cuando afirman, que la excepción de inconstitucionalidad se aplica, en casos como el presente, en los que se controvierten actos de carácter particular, con miras a preservar la intangibilidad de los preceptos constitucionales que puedan resultar desconocidos, cuando aquellos se fundamentan en leyes que los contrarían.

Por tanto, debe precisarse si por vicios de tal naturaleza, en el sub-líte deben dejarse de aplicar el literal e) del Artículo 18 y el literal k) del Artículo 11 del Decreto 1659 de 1978 y el Artículo 215 del decreto 960 de 1970.

SECCION SEGUNDA

Las normas del Decreto 1659 de 1978, respecto de las cuales se impetra aplicar la excepción de inconstitucionalidad, consagrada en el Artículo 215 de la Constitución Política de 1886, rezan:

“Art.11- El Superintendente de Notariado y Registro es el representante legal del organismo y ejerce las siguientes funciones:

.....
k) Conocer de los recursos de apelación que se interpongan contra las providencias que profieran los directores de la entidad.

Art. 18.- Son funciones de la Dirección y Vigilancia:

.....
e) Recibir las actas de visita, correr traslado de los cargos, diligenciar las pruebas e imponer la sanción disciplinaria o dar por concluido el trámite, según el caso”.

La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 14 de febrero de 1985, con ponencia del Dr. Alfonso Patiño Rosselli, dentro del proceso No. 1244 en el que fue demandante Luis Carlos Barrera Méndez, declaró exequibles, entre otras normas, todo el Artículo 11 del Decreto 1659 de 1978, salvo el literal s) que atribuía al Superintendente de Notariado y Registro la función de comisionar a los jueces de la República para que, en casos urgentes especiales, practicaran diligencias en notarías y en oficinas de registro de Instrumentos Públicos y de estado civil de las personas, y el literal e) del Artículo 18 ibidem (el segundo de los publicados con ese número en la edición del diario Oficial del 28 de agosto de 1978). Es indudable entonces, que respecto de las disposiciones del Decreto 1659, a las cuales se ha hecho referencia, no es posible aplicar la excepción de inconstitucionalidad, como lo impetra el accionante.

El Artículo 215 del Decreto 960 de 1970, estatuye:

“Contra la resolución (la que impone la sanción), podrán recurrir el notario interesado, en reposición ante el propio Superintendente y en apelación en el efecto suspensivo para ante la Junta de la Superintendencia, en escrito presentado dentro del término de la ejecutoria de aquella. La resolución absoluta se consultará con la Junta. “ (Lo escrito entre paréntesis fuera de texto).

En la resolución número 0446 de 10 de febrero de 1987, por la cual se impuso la sanción de destitución al accionante, no se hace mención alguna a

dicha norma y, en relación con los recursos que podían interponerse en su contra, se expresa:

“Art. 2o.- Contra esta providencia proceden los recursos de reposición ante el Director de Vigilancia y de apelación ante el Superintendente de Notariado y Registro, los que deberá interponer dentro del término de su ejecutoria”. (folio 46).

Basta comparar la norma y el artículo de la resolución transcritos, para percatarse de que contienen disposiciones totalmente disímiles respecto de las autoridades administrativas ante quienes se deben surtir los recursos contra los actos sancionatorios con que culmina el proceso disciplinario seguido a los notarios, toda vez que el artículo 215 prescribe que el recurso de apelación se surte ante la Junta de la Superintendencia y en la resolución se señala que dicho recurso, lo resuelve el Superintendente de Notariado y Registro; de modo que es improcedente admitir, que en lo atinente a los medios de impugnación en sede administrativa de tales actos, en el caso que ocupa la atención de la Sala, la administración se rigió por lo dispuesto en el Artículo 215 del Decreto 960 de 1970.

Así las cosas, resulta inútil el requerimiento del actor, en el sentido de que, en virtud de la excepción de inconstitucionalidad, sus mandatos se dejen de aplicar en el *sub-exámine*, pues éstos nunca se aplicaron. Sería desatinado declarar que por infringir la Carta Política, una disposición no debe aplicarse, cuando el expedidor del acto no se apoyó en ella al tomar las determinaciones en él contenidas.

De acuerdo con lo expuesto, hallándose en pleno rigor jurídico los mandatos de orden legal que lo estatuyen (Art. 4o. Decreto Extraordinario 1050 de 1968), es incuestionable que la Superintendencia de Notariado y Registro, organismo adscrito al Ministerio de Justicia, puede cumplir algunas de las funciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y las que la ley le asigne, como es la de sancionar con la destitución a los notarios, aún a aquellos cuya nominación compete al Presidente de la República. (Decreto 1659 de 1978, artículo 18, literal e).

En relación con el cargo relacionado con el error en que se incurrió al consignar el número de la cédula del demandante en la resolución 446 de 1987, se anota, que, ciertamente, en el Artículo 1o. de la Ley 39 de 1961, se establece que los colombianos que hayan cumplido veintiún (21) años, sólo podrán identificarse con la cédula de ciudadanía, y que el artículo 14 del acto legislativo No. 1 de 1975 y el artículo 1o. de la Ley 27 de 1977, prevén que para todos los efectos legales, son ciudadanos colombianos los mayores de 18 años.

SECCION SEGUNDA

Sin embargo, tales disposiciones no pueden estimarse transgredidas por el hecho de que se haya incurrido en error al indicar el número de la cédula con la cual se identifica el actor, por cuanto no es que se desconozca que los colombianos mayores de edad, se deben identificar con la cédula de ciudadanía, pues así lo reconoció la administración cuando dijo en la resolución número 446: "El funcionario sancionado se identifica con la cédula de ciudadanía no. 3.397.981 de Sampués". (folio 46). Su transgresión hubiera sido palpable si en lugar de lo transcrito, se hubiera expresado que el señor Colón García, siendo mayor de edad, se identifica con un documento diferente a la cédula de ciudadanía.

Por ello, no puede estimarse que por haber cometido tal equivocación, la Superintendencia quebrantó lo dispuesto en los preceptos mencionados y que, por tanto, se impone la infirmación de los actos acusados, como lo sugiere el actor.

Distinta sería la situación si a raíz de ese yerro, se hubiera vulnerado el derecho de defensa del accionante, bien porque se le hubiera impedido el agotamiento de la vía gubernativa o el ocurrir oportunamente ante esta jurisdicción a cuestionar los actos sancionatorios. Entonces sí habría necesidad de analizar y precisar los alcances y consecuencias del aludido error y definir si por su causa, la actuación administrativa se tornó en ilegal.

Ahora bien, en relación con los reparos referentes a la presunta modificación del pliego de cargos, cabe señalar que al efectuar una lectura comparativa del oficio número 11814 del 13 de agosto de 1985, contentivo de los cargos imputados al accionante, y de la resolución número 446 de 1987, por la cual se le sancionó con la destitución, se encuentra que aunque en ésta se alude a normas que no se invocaron en aquel, tal circunstancia, per se, no vicia de nulidad el procedimiento disciplinario, puesto que realmente no constituye una reforma del pliego de cargos, que haga más gravosa la situación del demandante, como se insinúa en el *libelo*.

En efecto, basta cotejar las nuevas disposiciones que se invocan con las mencionadas en el pliego de cargos, para inferir que al citarlas no se tuvo como finalidad alterar el aspecto sustancial de éste, cual es, el de precisar con absoluta nitidez, los hechos cometidos por el actor que por quebrantar el ordenamiento jurídico, constituyen faltas sancionables.

Es así, como los artículos 106 y 108 del Decreto 960 de 1970, que adicionalmente se citan en la resolución cuando se analizan los cargos uno y dos, indican qué libros deben llevar los notarios y cómo deben conformarse los tomos del protocolo, lo cual evidencia que la administración sólo pretendió perfilar la noción de las faltas que se le imputaron al actor, puesto que los artículos 107,

109 y 111 del susodicho decreto en que se apoyaron inicialmente los cargos, aluden a los libros de protocolo, de relación y al índice. Igual acontece respecto de los artículos 22 y 23 ejusdem, pues también son concordantes con aquellos, ya que establecen que las escrituras que se distinguen en la forma indicada en el artículo 23, que se anotan en el libro de relación, se considerarán incorporadas al protocolo.

Lo propio ocurre en relación con los artículos 37 del Decreto 2163 de 1970 y 25 del Decreto 2148 de 1983, que fueron citados en la resolución número 446 al tratar de los cargos tercero y cuarto, por cuanto éstos, así como el artículo 20 del Decreto 2148 de 1983, se refieren a los comprobantes fiscales que deben ser presentados al notario por los interesados en el momento de solicitar el servicio notarial.

Por su parte, el artículo 2o. del Decreto 397 de 1974, análogamente al Artículo 14 del Decreto 1772 de 1979, invocado en el pliego de cargos, se relaciona con los comprobantes de los pagos efectuados por los usuarios de los servicios notariales, respecto de lo cual, en el cargo 7o. se le endilgó al demandante el no haber expedido dichos comprobantes durante los primeros siete meses de 1985 (desde enero hasta el 29 de Julio, fecha en que se inició la visita cuyos resultados dieron origen al pliego de cargos).

Si las nuevas disposiciones que se invocaron en el acto acusado, no alteran la esencia misma de los cargos endilgados al demandante, ni implican la confrontación de su conducta administrativa frente a mandatos que exigían de él comportamientos diferentes a aquellos que según las normas citadas en el pliego de cargos debía observar y que por no hacerlo se le investiga, la Sala no encuentra que se trate propiamente de una modificación de aquel y que ésta haga más gravosa la situación del demandante, porque comprometa en mayor medida su responsabilidad, como lo asevera el actor.

En la parte general de la motivación de la resolución número 446, evidentemente se citan los artículos 99, 199, 203 y 204 del Decreto 960 de 1970, mención, a juicio de la Sala pertinente, puesto que una vez comprobada la comisión de faltas reprochables desde el punto de vista disciplinario, era indispensable establecer la sanción a que, conforme a su relevancia jurídica, el inculpado se hacía acreedor, sin que el hecho de haberse omitido invocar tales normas en el pliego de cargos, impida a la administración, con sujeción a la preceptiva jurídica reguladora de la materia, efectuar la valoración integral del proceso disciplinario o generar la infirmación de la actuación respectiva, pues ello, además de que de ninguna manera, distorsiona, altera o modifica la naturaleza o esencia de las conductas investigadas y, mucho menos, agrava la situación Jurídica del inculpado, constituiría un exceso de rigorismo procesal ya

SECCION SEGUNDA

que a una circunstancia insustancial, pues no es de la esencia del pliego de cargos la indicación de las normas sobre valoración de las faltas, se le estaría otorgando una trascendencia y entidad jurídica, capaz de enervar el ejercicio del poder sancionatorio que ostenta aquella.

Este comentario es válido también en relación con la alusión que se hace en la resolución 446 del artículo 127 del Decreto 2148 de 1983.

En criterio de la Sala, por las razones anotadas, no se produjo el quebrantamiento del principio del debido proceso consagrado en el artículo 26 de la Constitución Política de 1886, columna central de la impugnación que, por los aspectos comentados, formuló el actor contra los actos acusados.

Resta agregar que en el *sub-lite* se trata de establecer la responsabilidad administrativa del demandante, por la comisión de las faltas que se le imputaron. De suerte, que es irrelevante para este efecto, la circunstancia de que por los mismos hechos se le procese, a fin de determinar si también comprometió su responsabilidad civil o penal.

Finalmente cabe observar, que son intrascendentes frente a la validez jurídica de las resoluciones acusadas, los planteamientos del actor, relacionados con la pérdida de su fuerza ejecutoria, no sólo por cuanto la derogatoria de la norma que obligaba a los notarios a exigir a los usuarios de los servicios el respectivo paz y salvo de renta, se produjo con posterioridad a la época en que el actor, existiendo tal obligación, dejó de hacerlo, sino porque la sanción de destitución se fundamentó también en otras faltas que por sí mismas, tenía entidad jurídica suficiente, para que válidamente la administración le impusiera dicha sanción.

De manera, que no es dable argüir que en virtud de la aludida derogatoria, la actuación administrativa, perdió su fuerza ejecutoria.

De acuerdo con lo expuesto, debe concluirse que no se desvirtuó la presunción de legalidad que ampara las resoluciones enjuiciadas y, consecuentemente, la sentencia que denegó las pretensiones de declaratoria de su nulidad, debe confirmarse.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida el 12 de marzo de 1990, por el Tribunal Administrativo de Sucre, en el proceso promovido por José Aquiles Colón García, en orden a obtener la nulidad de las resoluciones números 446 y 2978 de 1987 y 1157 de 1988, de la Superintendencia de Notariado y Registro.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día veintidós (22) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**CARRERA JUDICIAL - Estabilidad / FUNCIONARIO JUDICIAL.
Estabilidad / PERIODO JUDICIAL**

Con arreglo al artículo 9o. del Decreto 1190 de 1986, observa la Sala que la apelante adquirió estabilidad en su cargo hasta el vencimiento del período judicial iniciado el 1o. de septiembre de 1985, es decir, hasta el 31 de agosto de 1987, por lo que en criterio de la misma Sala, en el momento de su desvinculación no podía estar gozando de la referida estabilidad laboral, y por ende, no estaba amparada ya por los Decretos 1190 y 2400 de 1986, estatutos que reglamentaron en su momento la carrera judicial. Al haberse declarado insubsistente el nombramiento de la actora, obviamente el servicio dejó de prestarse a partir de la fecha de tal insubsistencia, por lo que es entonces improcedente la solicitud de condena por salarios y prestaciones sociales por el tiempo que restaba para vencerse el período judicial que se iniciara el 1o. de septiembre de 1987.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 5406. Autoridades Nacionales. Actor: MARTHA FERMIN DE SANTOS.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante Martha Fermín de Santos contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Sucre, proferida el 11 de septiembre de 1990, mediante la cual dicha Corporación le denegó las súplicas de la demanda en la cual, mediante la acción de nulidad y

restablecimiento del derecho, se impetra la nulidad de la Resolución No. 058 de febrero 13 de 1989, dictada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Toluviéjo (Sucre), que declaró insubsistente su nombramiento, con el consecuente reintegro al mismo cargo que tenía cuando fue desvinculada y al pago de todos los emolumentos salariales y prestacionales durante el tiempo cesante, todo ello sin solución de continuidad.

Síntesis Fáctica. Se afirma que la actora fue nombrada interinamente como secretaria de ese Juzgado, mediante la Resolución No. 027 de mayo 16 de 1983. La demandante solicitó ante la Jefatura de la División de Asistencia a la Rama Jurisdiccional del Ministerio de Justicia, su inscripción en la carrera judicial, habiendo acompañado todos los documentos requeridos para el efecto. Con un trabajo ininterrumpido desde su posesión hasta el 13 de febrero de 1989, jamás tuvo respuesta alguna en relación con su solicitud de inscripción en la carrera. Al ser declarada la insubsistencia mediante el acto impugnado, la afectada interpuso el recurso de reposición sin que éste se hubiese tramitado. En todo caso, a la peticionaria se le reemplazó de manera irregular con una persona que no concursó para el cargo, ni reunía los requisitos exigidos en la ley para este caso. Concluye la parte fáctica, señalando que la reclamante se había vinculado a la rama jurisdiccional con anterioridad al 1o. de septiembre de 1985, por lo que le son aplicables las normas del Decreto 1190 de 1986.

Normas invocadas. El actor invocó como disposiciones violadas, los artículos 28, num. 1, 2 y 50 del decreto 1660 de 1978, el Decreto 250 de 1970, el artículo 3o. del Decreto 2464 de 1985 y los artículos 1o., 4o., 7o. num. 1 y 21 a 39 del Decreto 0052 de 1987; los acuerdos 14, 16 y 17 de 1988, emanados del Consejo Superior de la Administración de Justicia, y el artículo 161 de la Constitución Política. Argumenta la actora, que la administración de justicia es un servicio público, y como tal, debe ser permanente y eficaz. Al haberse designado en propiedad como secretaria del juzgado a la señora Obdulina García Fontalvo, sin que ésta hubiese concursado, se quebrantaron las normas atrás señaladas y con ellas el principio consagrado en el artículo 1o. del decreto 052 de 1987 que garantiza la eficiencia de la administración de justicia. Y se considera igualmente violado el artículo 161 de la Constitución, que establece que el nombramiento del personal subalterno de los organismos jurisdiccionales, en el Contencioso Administrativo y en el Ministerio Público, se hará conforme a las leyes, lo cual no se cumplió, pues no fueron observados los Decretos 250 de 1970, 1660 de 1978, 2464 de 1985 y 1190 de 1986. Agrega que cuando fue declarada insubsistente se encontraba en propiedad, pues su provisionalidad en el cargo duró tan sólo hasta el 30 de abril de 1986, al tenor del Decreto 30 de agosto de 1985; es decir, que se trata de una empleada sujeta a período, el cual comenzó el 1o. de septiembre de 1987 y vencía el 1o. de septiembre de 1989.

SECCION SEGUNDA

La sentencia apelada. Señala en la parte considerativa el *a-quo*, que el acto enjuiciado en este proceso es la insubsistencia de la actora y no el acto de nombramiento en propiedad de la funcionaria reemplazante, puesto que de otra manera tanto el procedimiento a seguir (electoral), como el término de caducidad de la acción, serían diferentes. El argumento principal de la demanda es que la actora no podía ser removida del cargo porque se trata de una empleada de período fijo, que vencía el 1o. de septiembre de 1989. El Tribunal no comparte esta acusación, pues se trata de una funcionaria en provisionalidad, de acuerdo con las disposiciones dictadas para establecer la carrera judicial en el país. En consecuencia, podía ser declarado insubsistente su nombramiento en cualquier momento, conforme al Decreto 1660 de 1978. Sostiene el *a-quo* que para la fecha de insubsistencia ya estaba vigente el Decreto 052 varias veces citado, y que los funcionarios que no se hubiesen acogido a las normas de los Decretos 1190 y 2400 de 1986, tenían el carácter de empleados provisionales, puesto que para llenar las vacantes de esos empleos de carrera se iba a proceder a la selección por méritos. Sin embargo, aunque la actora se acogió a los decretos su petición le fue rechazada mediante Resolución No. 085 de septiembre 9 de 1987, expedida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, por considerar que la peticionaria no reunía los requisitos para el efecto, venciendo en consecuencia su estabilidad laboral por Terminación del período judicial el 1o. de septiembre de 1987.

Concluye así el Tribunal, que en febrero 13 de 1989, la demandante no gozaba de la estabilidad que el período Judicial le otorgaba, y su nombramiento podía ser declarado insubsistente por la autoridad nominadora, razón por la cual, considera que las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar.

Razones de inconformidad. Alega la recurrente que la estabilidad derivada del período a que tenía derecho, era hasta el 1o. de septiembre de 1989, por lo que si no es procedente su reintegro, sí lo es que se condene a la Nación colombiana -Ministerio de Justicia-, al pago de los sueldos, prestaciones sociales y demás emolumentos causados desde la fecha en que fue declarado insubsistente. su nombramiento, hasta cuando se le vencía el período arriba indicado.

Al gozar de estabilidad durante este período, proceden tales súplicas habida cuenta de que a la actora no le es aplicable el Decreto 1190 de 1986, precisamente por haber sido derogado. El hecho de que hubiese solicitado la inscripción en la carrera Judicial bajo el régimen del Decreto 1190, ello no significa que en estos momentos le sea aplicable lo dispuesto por su artículo 9o.

En gracia de discusión, dice la recurrente, aceptando que fuera funcionaria provisional, si su cargo y los empleos de carrera iban a ser llenados mediante

selección por méritos, lo más lógico y ciñéndose al Decreto 052 de 1987, era llamar a concurso a quien venía ocupando el cargo por más de 10 años en el juzgado promiscuo municipal de Toluviéjo. El sentido de este Decreto 052 es proteger a los funcionarios que venían prestando sus servicios a la rama judicial, dándoles la oportunidad de no ser separados de sus cargos. En este orden de ideas, concluye que tenía derecho a permanecer en el cargo, mientras no se hiciera el concurso para proveerlo.

La vista Fiscal. En su concepto de fondo la Fiscalía Quinta del Consejo de Estado expresó que la funcionaria reemplazante doctora Obdulina García Fontalvo, nombrada en el mismo texto del acto acusado, fue inscrita en la carrera judicial en el cargo de Secretaria Grado 9, mediante resolución No. 071 de septiembre 9 de 1987.

Agrega que de conformidad con el artículo 135 de la Constitución Nacional, los Jueces Municipales serán elegidos para períodos de dos años, los cuales, de conformidad con el artículo 7o. del Decreto 900 de 1967, en armonía con el artículo 26, num. 1o. del Decreto 1660 de 1978, se inician el 1o. de septiembre. La elección de Juez Promiscuo Municipal de Toluviéjo (Sucre) para el período 87-89, solamente se llevó a cabo en agosto de 1988, habiéndose posesionado el 1o. de septiembre siguiente, mucho después de haber comenzado el período.

Dice la vista fiscal, que el artículo 50 del Decreto 1660 de 1978 no es aplicable al caso de autos, por cuanto para la época regía el Decreto 052 de 1987, donde se establece que era un empleo de carrera y que su designación se hacía por el sistema de méritos y el artículo 33 *ibídem*, ordena que las vacantes definitivas o transitorias se provean mediante tal sistema.

Considera que al no haber sido inscrita la demandante en la carrera, siguió desempeñando su cargo en provisionalidad, tal como había sido nombrada mediante la Resolución No. 083 de septiembre 10 de 1985, por lo cual podía ser declarada insubsistente en cualquier momento, pudiendo entonces su reemplazante, desempeñar el cargo en propiedad por el período iniciado el 1o. de septiembre de 1987.

Por lo expuesto, concluye la distinguida colaboradora fiscal, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto acusado.

Llegado el momento de, resolver el recurso interpuesto, a ello se procede, previas las siguientes:

SECCION SEGUNDA

CONSIDERACIONES:

1. La controversia planteada en el *sub-lite*, gira en torno a la legalidad o ilegalidad de la Resolución No. 058 de febrero 13 de 1989, expedida por el Juez Promiscuo Municipal de Toluviéjo, con la cual declaró insubsistente el nombramiento de la actora Martha Fermín de Santos, como secretaria de ese despacho judicial.

2. Se alega en el libelo demandatorio que al haber declarado insubsistente el nombramiento de la demandante con la Resolución impugnada, la nominadora designa en su reemplazo y en propiedad, a la señora Obdulina García Fontalvo, después de haber transcurrido más de 90 días de la posesión de la Juez, y sin que dicha señora hubiese concursado de acuerdo con las disposiciones preestablecidas para desempeñar el cargo en propiedad.

A su vez, el recurso de apelación se estructura sobre la base de que tenía estabilidad hasta el 1o. de septiembre de 1989 porque no le era aplicable el decreto 1190 de 1986, por haber sido derogado.

3. Consta en el expediente (fl. 76), que la actora Martha Fermín de Santos, solicitó la inscripción en la carrera judicial, habiéndole sido denegada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, mediante la Resolución No. 085 de septiembre 9 de 1987.

4. Con arreglo al artículo 9o. del Decreto 1190 de 1986, observa la Sala que la apelante adquirió estabilidad en su cargo hasta el vencimiento del período judicial iniciado el 1o. de septiembre de 1985, es decir, hasta el 31 de agosto de 1987, por lo que en criterio de la misma Sala, en el momento de su desvinculación no podía estar gozando de la referida estabilidad laboral, y por ende, no estaba amparada ya por los Decretos 1190 y 2400 de 1986, estatutos que reglamentaron en su momento la carrera judicial.

5. Al haberse declarado insubsistente el nombramiento de la actora, obviamente el servicio dejó de prestarse a partir de la fecha de tal insubsistencia, por lo que es entonces improcedente la solicitud de condena por salarios y prestaciones sociales por el tiempo que restaba para vencerse el período judicial que se iniciara el 1o. de septiembre de 1987.

6. Finalmente, esta Corporación no encuentra atinada la interpretación que hace la apelante en el sentido de que el Decreto 052 de 1987, se dirige a proteger a los funcionarios que venían prestando sus servicios a la rama judicial "dándoles la oportunidad de no ser separados de sus cargos, sin antes haber

concurado o haberse sometido a las pruebas de selección”, precisamente porque no existe norma en dicho estatuto con ese alcance y por el contrario, el derecho a permanecer en el servicio está consagrado únicamente para los empleados que se encuentren inscritos en la carrera judicial (artículo 1o. del Decreto 052 de 1987).

7. Así las cosas, se observa que la recurrente no logró demostrar ilegalidad alguna del acto acusado y por tanto, la resolución No. 058 del 13 de febrero de 1989, expedida por la Juez Promiscuo Municipal de Toluviejo (Sucre), continúa amparada por la presunción de legalidad.

En consecuencia, fuerza concluir que el acto demandando se ajusta a derecho y por tanto, procede la confirmación de la sentencia denegatorio de las pretensiones de la 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:

Confírmase la sentencia de septiembre 11 de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, dentro del proceso promovido por Martha Fermín de Santos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 22 de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza De Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**VIA GUBERNATIVA - Agotamiento / RECURSO DE REPOSICION -
Improcedencia / ACCION DE NULIDAD Y
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CADUCIDAD**

De acuerdo con lo estatuido en el artículo 135 del C.C.A. para ocurrir ante la Jurisdicción contencioso administrativa es menester agotar la vía gubernativa, en consideración a que según lo dispuesto en el artículo 62 ejusdem, para que tal agotamiento se produzca, no es indispensable interponer el recurso de reposición, la Sala en los casos en que este recurso es rechazado, ha aceptado que tal circunstancia no impida al interesado acudir ante esta jurisdicción a impugnar el respectivo acto. Claro está, que debe hacerlo dentro de la oportunidad señalada en el artículo 136 de la mencionada codificación. Pero es obvio que el término de caducidad de la acción previsto en el artículo citado, debe contarse a partir del día en que se produjo la notificación, comunicación o publicación del acto administrativo contentivo de la decisión cuya nulidad se impetra, y no a partir del acto en que se produjo el rechazo del recurso de reposición, porque aunque éste se formuló, en verdad no constituyó un medio idóneo para impugnar el acto. Situación diferente se presentaría si hubiera sido demandado también el acto que rechazó el recurso de reposición, pues en este evento sí tendría incidencia en la determinación de la caducidad.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá D.C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa
y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruíz.*

Referencia: Expediente No. 5414. Autoridades Nacionales. Actor: ARMANDO GUZMAN PENILLA.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 20 de septiembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

ANTECEDENTES.

El señor Armando Guzmán Penilla, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el mencionado Tribunal, además del correspondiente restablecimiento del derecho, la nulidad de la Resolución No. 235 de 10 de diciembre de 1985, expedida por la Gerencia General de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, por la cual se le destituyó del cargo de Gerente Regional Sur Occidente de esa entidad.

El Tribunal por medio de la sentencia impugnada declaró probada “la excepción de caducidad de la acción”, en virtud de que estimó que la demanda se había presentado luego de transcurrido el término de cuatro meses previsto en el artículo 136 del citado código; para llegar a tal conclusión el *a-quo* consideró que tal término debe contarse a partir del 27 de diciembre de 1985, fecha en que venció el plazo de cinco días para interponer el recurso de reposición contra la resolución demandada, el cual fue rechazado por no haber sido presentado personalmente por el interesado, su representante o su apoderado debidamente constituido. Con base en lo anterior consideró que para el tres (3) de mayo de 1986, día en que acudió a esta Jurisdicción, la acción se hallaba caducada.

EL RECURSO.

Al sustentar la alzada la parte actora arguye que la Gerencia General de la Caja Agraria, ante la imposibilidad de rebatir jurídicamente los argumentos expuestos en el recurso, lo rechazó, aduciendo que no había sido presentado personalmente por el interesado; sin embargo, expresó que al actor se le había impuesto la sanción de destitución, por hallarse demostrado que había incumplido con sus deberes de empleado público e incurrido en omisiones constitutivas de faltas disciplinarias.

Arguye además el apelante, que las razones invocadas por el *a-quo* para concluir que el recurso de reposición no fue presentado personalmente por él, carecen de fundamento, ya que la copia del escrito que lo contiene

SECCION SEGUNDA

allegada a los autos, no cuenta con nota al respecto; de modo, que no podía declarar la caducidad de la acción con base en premisas que no están demostradas en el proceso y agrega que el timbre del reloj estampado en dicha copia, demuestra que el recurso se interpuso oportunamente y que si no se hizo la anotación de no haber sido presentado personalmente por el interesado, que sí lo fue, esa omisión es de la administración y no de él; que si el recurso cumplía con los requisitos legales no puede calificarse de ineficaz, porque la ineficacia deriva del hecho de que la providencia impugnada no tuviera recursos, bien por no ser susceptible de ellos o porque se interpusieran extemporánea o inoportunamente, lo que no aconteció en el caso *sub-examine*.

CONCEPTO FISCAL.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en la vista reglamentaria opina que el fallo amerita ser confirmado, en virtud de que, efectivamente, la demanda se presentó después de fenecido el término para incoar la acción de restablecimiento del derecho, sin que se pueda admitir que éste debe contarse a partir del día en que la administración comunicó al actor su rechazo por no reunir las formalidades establecidas en el artículo 52 del C.C.A., por cuanto esta respuesta es autónoma e independiente del acta que se pretendió impugnar, "por falta de unidad ideológica y jurídica que configure una etapa parcial o definitiva cumplida en desarrollo del agotamiento de la vía gubernativa" (folio 305).

Se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

De los documentos allegados a la demanda, se desprende que:

- La resolución No. 235 de 10 de diciembre de 1985, de la Gerencia General de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, por medio de la cual se destituyó al actor del cargo de Gerente Regional Sur-Occidente de esa entidad, objeto de impugnación (fls. 46 y 47), le fue notificada al demandante el 18 de diciembre de 1985, diligencia en la cual se le advirtió que podía interponer contra ella el recurso de reposición, dentro de los cinco días hábiles siguientes.

- El 23 de diciembre del mismo año, se presentó en el Despacho de la Gerencia General un escrito contentivo del aludido recurso (fl.49).

- Mediante oficio fechado el 3 de enero de 1986 (fls. 54 y 55), la Gerencia General de la Caja rechazó el recurso por no haber sido presentado personalmente por el demandante, o por su representante o apoderado.

debidamente constituido, como lo dispone el artículo 52 del Código Contencioso Administrativo.

Se tiene entonces que el recurso de reposición presentado contra la resolución impugnada fue rechazado, porque no se cumplió el requisito previsto en el numeral uno (1) del artículo 52 del C.C.A., referente a su presentación personal por el interesado o su representante o su apoderado debidamente constituido.

De conformidad con el ordenamiento jurídico y lo precisado por esta jurisdicción en diferentes providencias, entre ellas la citada por el Tribunal, la decisión de la administración de rechazar un recurso, constituye un acto autónomo e independiente del que se pretendió impugnar, "ya que lo improcedente no tiene efectos en derecho ni crea situaciones de validez jurídica" debido a que las deficiencias del escrito de su formulación, impiden el surgimiento del recurso como mecanismo jurídicamente apto para controvertir la determinación adoptada por la administración.

Por ello, se ha sostenido, que tales actos no conforman una unidad ni ideológica, ni jurídica, constitutiva de una etapa parcial o definitiva cumplida en desarrollo del agotamiento de la vía gubernativa, puesto que, precisamente, el rechazo del recurso impide el agotamiento de dicha vía.

No obstante y a pesar que de acuerdo con lo estatuido en el artículo 135 del C.C.A. para ocurrir ante la Jurisdicción contencioso administrativa es menester agotar la vía gubernativa, en consideración a que según lo dispuesto en el artículo 62 *ejusdem*, para que tal agotamiento se produzca, no es indispensable interponer el recurso de reposición, la Sala en los casos en que este recurso es rechazado, ha aceptado que tal circunstancia no impida al interesado acudir ante esta jurisdicción a impugnar el respectivo acto. Claro está, que debe hacerlo dentro de la oportunidad señalada en el artículo 136 de la mencionada codificación.

Pero es obvio que el término de caducidad de la acción previsto en el artículo citado, debe contarse a partir del día en que se produjo la notificación, comunicación o publicación del acto administrativo contentivo de la decisión cuya nulidad se impetra, y no a partir del acto en que se produjo el rechazo del recurso de reposición, porque aunque éste se formuló, en verdad no constituyó un medio idóneo para impugnar el acto.

Situación diferente se presentaría si hubiera sido demandado también el acto que rechazó el recurso de reposición, pues en este evento sí tendría incidencia en la determinación de la caducidad.

SECCION SEGUNDA

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que la resolución cuya nulidad se impetra se notificó el 18 de diciembre de 1985 y la demanda se presentó el 3 de mayo de 1986, fuerza concluir que para esa fecha la acción de restablecimiento del derecho que se pretendió entablar, se hallaba caducada.

En consecuencia, procede la confirmación de la sentencia que declaró probada la excepción de caducidad de la acción, sin que sea de recibo el argumento del recurrente de que el Tribunal debió constatar la veracidad de lo dicho por la administración para rechazar el recurso de reposición, porque no se trataba de verificar algún argumento de las partes en litigio, sino de establecer si conforme a los documentos aportados con el libelo se daban los presupuestos fácticos que permitían el ejercicio válido de 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:

Confírmase la sentencia de 20 de septiembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el proceso promovido por **Armando Guzmán Penilla**, en orden a obtener la nulidad de la Resolución No. 235 de 1985, de la Gerencia General de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, por la cual se le destituyó del cargo de Gerente Regional Sur-Occidente de esa entidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día quince (15) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**PRUEBAS - Apreciación / INDICIOS / TESTIMONIOS /
INSUBSISTENCIA - Improcedencia / DESVIACION DE PODER**

Francois Gorphe dice en su obra “La apreciación judicial de las pruebas que : “Por eso, la prueba indiciaria es perfecta cuando los indicios señalan necesariamente el hecho como causa de cuanto se ha manifestado” y luego añade “..los indicios resultan difíciles de interpretar sin la ayuda de los testigos; y los testimonios son casi imposibles de apreciar sin utilizar algunos indicios de credibilidad..”. De las pruebas analizadas se desprende de manera fehaciente que el demandante fue declarado insubsistente como represalia por haber denunciado irregularidades administrativas imputables al Rector del establecimiento y al Director de Extensión y Bienestar. Así las cosas, se desvirtúa la presunción de legalidad que ampara al acto acusado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 5526. Actos Departamentales. Actor:
CARLOS ARTURO RESTREPO ARANGO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 1990 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda formulada por Carlos Arturo Restrepo Arango contra la Resolución No. 0494 del 11 de junio de 1986, expedida por el Rector del Politécnico Colombiano “Jaime Isaza Cadavid”.

SECCION SEGUNDA

LA DEMANDA:

En el *libelo* de demanda (fls. 33-43), se pide la nulidad del acto acusado y como consecuencia de ello, el reintegro del actor, los salarios y prestaciones dejados de percibir entre las fechas del retiro y la del reintegro, y que se declare que no hay solución de continuidad.

Los hechos en que se sustentan las pretensiones consisten en que Carlos Arturo Restrepo Arango se vinculó al servicio de la entidad demandada desde el 25 de julio de 1983, como Médico de medio tiempo; nueve (9) meses después, como funcionario de tiempo completo; desde enero 28 de 1985 se le "asignaron funciones administrativas y de control en lo relacionado con el servicio médico, las que debía atender en coordinación con el Director de Extensión y Bienestar." (Fl. 34).

En razón de esas nuevas funciones se enteró de "ciertas anomalías administrativas", lo cual llegó a oídos del Rector, quien le exigió concretarlas por escrito ante ese despacho y la Contraloría Departamental; el actor procedió en tal sentido. Se afirma en la demanda que desde este momento fue objeto de una incesante persecución; en efecto, ocho (8) días más tarde se le formularon algunas imputaciones falsas, como se reconoció posteriormente en la resolución que lo exoneró, la No. 0441 del 26 de mayo de 1986. De allí en adelante el Rector buscó pretextos para removerlo, no para buscar el mejoramiento del servicio "sino para satisfacer sus ancias (sic) de poder." (Fl. 36).

Dos (2) días después se le impuso una amonestación o llamada de atención, por faltas inexistentes. Y por último, el 11 de junio, mediante oficio No. 009801, se le informó que había sido declarado insubsistente.

Como fundamentos de derecho se invocaron el artículo 26 de la Constitución Nacional y el artículo 85 del Decreto 001 de 1984 (C.C.A.).

LA PARTE DEMANDADA:

La entidad demandada designó apoderado, intervino en la práctica de pruebas y presentó "alegato de conclusión". (Fls. 109 - 112).

LA SENTENCIA:

El *a-quo* no encontró que contra el actor se hubiese seguido una campaña persecutoria, porque los procesos disciplinarios que se adelantaron contra éste y otros empleados estuvieron respaldados en hechos que inclusive condujeron a la remoción de otras personas, si bien en el caso suyo se le exoneró.

Por otra parte, los testimonios traídos al expediente tienen como común denominador “la suposición, la conjetura y la apreciación muy personal de cada uno de ellos sin que precisen o por lo menos brinden convicción, de que en verdad haya habido desviación de poder. (Fl. 121). Y aduce el Tribunal, igualmente, que aunque el actor formuló algunas denuncias por irregularidades “no existe prueba que permita afirmar que la insubsistencia fue en retaliación o en venganza por tales denuncias”. (Fl. 122).

Con base en esos razonamientos, el *a-quo* delegó las súplicas de la demanda.

EL RECURSO:

En la sustentación de su recurso el demandante alega que el Tribunal no hizo un verdadero análisis del material probatorio.

Al respecto, argumenta que para buscar si la insubsistencia tuvo o no una motivación oculta es menester recordar que “las intenciones del sujeto no son objeto de regulación en el derecho positivo, pero sí por las normas de la moral.” (Fl. 125).

En ese orden de ideas aduce que la respuesta debe buscarse por la vía de la prueba indiciaria, porque “La verdad es que quien emitió el acto administrativo no se va a presentar al Despacho de los jueces a confesar su verdadera intención al producirlo.” (Fl. 126). Y luego agrega: “En conclusión (sic) sólo a través del indicio puede probarse la intención que tuvo el nominador al producir el acto y del conjunto de estos (sic) debe el juzgador inferir lógicamente las verdaderas causas que lo originaron.” (Pág. citada).

Acto seguido, hace un estudio detallado de lo expresado por el Tribunal, para contradecirlo, y pone de presente lo que en su sentir realmente prueban los testimonios allegados al proceso.

EL CONCEPTO FISCAL:

La Fiscal Novena hace un prolijo estudio de los elementos probatorios y llega a la conclusión de que está demostrado que el servicio se desmejoró con el retiro del demandante; de igual manera, que su retiro se produjo por persecución del nominador, y que por tanto, “el acto enjuiciado está afectado de “ilegalidad relativa al fin perseguido”, como dice Laubadere, citado en sentencia del 3 de agosto de 1.988, Sección Segunda del Consejo de Estado; expediente 1672; actor: Luis Alfonso TABARES BECERRA; Consejero

SECCION SEGUNDA

Ponente doctor Alvaro LECOMPTE LUNA, que resolvió un asunto similar al del *sub - lite*". (Fl. 146).

Por lo anterior, la Fiscalía pide se revoque el fallo apelado, se anule el acto acusado y se impongan las consecuencias pedidas por el demandante que se ajusten a la ley.

No habiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a desatar el recurso, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Es sabido que "La desviación de poder es evidentemente más difícil de probar que los otros vicios del acto administrativo, puesto que se trata de establecer la intención Psicológica de su autor." (Georges Vedel, Derecho Administrativo, edición española, 1980, Aguilar, Madrid, pág. 512). (Se subraya).

Por ello, se ha sostenido que normalmente la prueba de su ocurrencia debe desprenderse del expediente. Y por eso mismo, se afirma que:

"Como la prueba de la desviación de poder se puede encontrar rara vez de manera directa, por confesión el autor del acto o por las confidencias que haga sobre sus intenciones, muy frecuentemente el juez administrativo se ve forzado a admitir una prueba indirecta." (Consejo de Estado Francés, 2 de febrero de 1957, Castaing, Rec., pág. 78; citado por Vedel, ob. y pág. citadas).

Y entre las pruebas indirectas, una de las que se presenta con mayor asiduidad es la del indicio, definido entre otros como "Objeto material o circunstancia de hecho que permite formular una conjetura y sirve de punto de partida para una prueba." (E. J. Couture, Vocabulario Jurídico, Depalma, 1976, pág. 332).

Ahora bien; si el indicio aparece corroborado por otra clase de pruebas, por ejemplo, testimonios, es indudable que puede conducir a la certeza sobre el hecho que se quiere demostrar.

En el caso de autos el actor planteó en su demanda y lo ratificó en la sustentación del recurso de alzada, que existen varios indicios de que su remoción no tuvo como propósito el mejoramiento del servicio, sino otros móviles, ajenos a esa finalidad. Y afirma que los diversos testimonios allegados al expediente así lo evidencian.

Al efecto, establece una concatenación entre los siguientes hechos:

1. Mediante el oficio No. 019140 del 17 de abril de 1986, el Rector del Politécnico le pidió al demandante que concretara los cargos que tenía contra su administración.

2. El 25 de abril de 1986, éste denunció ante el Gobernador del Departamento de Antioquía, con copias para el Rector y el Auditor del organismo demandado, el Contralor y el Procurador Departamentales, y el Procurador General de la Nación, los hechos que involucraban a dicho Rector y al Director de Extensión y Bienestar del establecimiento en posibles faltas disciplinarias.

3. Sólo cuatro días después, -el 29 de abril de 1986-, el Director de Extensión y Bienestar involucra al demandante en preguntas faltas disciplinarias.(Folio 16).

4. Con base en ese documento le formulan pliego de cargos.

5. Ante la imposibilidad de incriminarlo, se ven forzados a exonerarlo. (Fls. 18 y 19).

6. Dos días más tarde le remiten el oficio No. 009729 del 28 de mayo de 1986 (Fl. 20), llamándole la atención con anotación en la hoja de vida, por hechos que no se precisan.

7. Finalmente, lo declaran insubsistente.

De esta cadena de hechos se desprende que la intención del acto no fué la de mejorar el servicio.

Así mismo, es ostensible que el *a-quo* no apreció debidamente la prueba testimonial.

Ciertamente, es oportuno transcribir algunos pasajes de las declaraciones que obran en el informativo para refrendar este aserto.

El testigo JAIME HUMBERTO CORREA MENDOZA (Fls. 76-81), dijo:

“El problema de él radica en determinada ocasión que delegaron a una subalterna de él a una comisión en un municipio vecino, creo que fué en Apartadó en el cual el Dr. bregando a justificar la ausencia de dicha

SECCION SEGUNDA

funcionaría vió que no existía razón alguna para su ausencia de la institución. Entonces al comprobar estos hechos, que no estaba justificada la presencia o ausencia de la empleada Carmen Leonor Otero, a partir de ahí se lanzaron varios cargos contra el médico Carlos Arturo Restrepo.” (Fl. 77).

“El servicio médico en manos del Dr. Carlos Arturo, al servicio del Politécnico, fue muy bueno; más que bueno se podría decir porque fué prestado en una forma desinteresada y honesta con la Institución y del mismo empleado. Porque fuera de uno ir a encontrar un médico, encontraba un amigo. La atención que se prestaba a la gente era inmejorable.” (Fl. 77).

“El servicio médico, después de la ausencia de él ha sido deficiente.” (Fl. 78).

“Analizada por mí mismo y viendo las cosas que sucedían alrededor de él, lo único que yo sé es que fué por persecución de la administración.” (Fl. 79).

“Del proceso disciplinario que se llevó contra el médico Carlos Arturo, sé que no lo sancionaron. A los días después del resultado del proceso disciplinario fué que él, el Dr. Restrepo, fué declarado insubsistente.” (Fl. 80).

Por su parte, la testigo ODILIA DEL CARMEN RIOS VALENCIA (Fls. 81-88), dijo:

“... Estas aclaraciones que el médico Restrepo hizo fueron el origen de una fuerte persecución por, (sic) parte del rector en ese entonces, el Dr. Carlos Esteban Arrubla Paucar a quien le preocupó que este funcionario hiciera las aclaraciones que se le pedían. Este solo hecho motivó que al Dr. Restrepo se le iniciara un proceso disciplinario ante el cual presentó los respectivos descargos habiendo desvirtuado los hechos que se le mencionaban. A los quince días de haber terminado este proceso con descargos y todo, el funcionario fué declarado insubsistente. Me atrevo a decir que es neta persecución porque hasta antes de que surgiera este incidente el Dr. Arrubla Paucar, en reiteradas (sic) ocasiones, reconoció siempre la labor del médico en la Institución, manifestando que el buen servicio que se prestaba en el Politécnico se debía a su eficiente labor. Vale comentar el siguiente detalle: En los días siguientes al mencionado viaje a Urabá, me encontraba en una cafetería tomando tinto y por coincidencia a mi lado se hallaba el Dr. Arrubla Paucar en compañía de

otra persona y me tocó escuchar que le comentaba que el Dr. Restrepo había hecho unas denuncias ante la Procuraduría, que había enviado carta al Gobernador y otros detalles que ahora se me escapan. Comentó, además, que lo único que él sabía era que si él se iba del Politécnico, se llevaba al Dr. Carlos Arturo Restrepo por delante ... ”. (Fl. 82).

Interrogada sobre otros aspectos, la deponente indicó minuciosamente los hechos que motivaron la persecución contra el actor; luego, refiriéndose al servicio prestado por éste señaló que lo calificaba como “Muy bueno”, y explicó las razones de su dicho. (Fl. 85). Del mismo modo, puso de presente que el servicio no se había mejorado con la remoción del doctor Restrepo Arango, sino que por el contrario, “fué desmejorado”. (Fl. 85). Luego, interrogada nuevamente sobre estos aspectos, dió cuenta detallada de los sucesos que marcaron el comienzo de la persecución emprendida por el Dr. Arrubla P., rector del establecimiento, contra el demandante.

El testigo GREGORIO ANTONIO COLORADO (Fls. 89-95), también explicó prolijamente su conocimiento de los hechos mencionados, insistiendo en que el actor fué objeto de una persecución injusta y que el servicio desmejoró notoriamente con su retiro.

Francois Gorphe dice en su obra “La apreciación judicial de las pruebas” (pág. 349), que:

“Por eso, la prueba indiciaria es perfecta cuando los indicios señalan necesariamente el hecho como causa de cuanto se ha manifestado.”

Y luego añade:

“..los indicios resultan difíciles de interpretar sin la ayuda de los testigos; y los testimonios son casi imposibles de apreciar sin utilizar algunos indicios de credibilidad..” (Ob. cit., pág. 359).

Estas circunstancias se dan precisamente en el evento en estudio.

De las pruebas analizadas, entonces, se desprende de manera fehaciente que el demandante fué declarado insubsistente como represalia por haber denunciado irregularidades administrativas imputables al Rector del establecimiento y al Director de Extensión y Bienestar.

Así las cosas, se desvirtúa la presunción de legalidad que ampara el acto acusado, por manera que deviene nulo y por consiguiente, habrá de revocarse

SECCION SEGUNDA

la sentencia apelada y en su lugar se accederá a las pretensiones de la demanda, tal como fueron planteadas en el escrito correspondiente. (Fls. 33-43).

No obstante que el Consejero Ponente no comparte la tesis mayoritaria de la Sala en cuanto a la orden de descontar las sumas que el demandante haya recibido de entidades oficiales por servicios de carácter laboral durante el lapso al cual se refieren las condenas, en la medida en que considera que éstas constituyen una indemnización por razón de la ilegalidad de los actos de la administración y no una segunda asignación en los términos de los artículos 64 de la Constitución de 1886 y 128 de la de 1991, la incluirá en la parte resolutive, sin salvar su voto y únicamente con esta aclaración, en cuanto su pensamiento coincide en todo lo demás con el de los otros Magistrados que integran la Sala.

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.- Revócase la sentencia proferida el 30 de noviembre de 1.990 por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Segundo.- Declárase la nulidad de la Resolución No. 0494 del 11 de junio de 1.986, proferida por el Rector del Politécnico Colombiano "Jaime Isaza Cadavid", por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del doctor CARLOS ARTURO RESTREPO ARANGO, a partir del 12 de junio de 1.986.

Tercero.- Como consecuencia de dicha nulidad, el Politécnico Colombiano "Jaime Isaza Cadavid" deberá reintegrar al doctor Carlos Arturo Restrepo Arango al cargo de Médico en el Servicio de Salud, adscrito a la Dirección de Extensión y Bienestar.

Cuarto.- Así mismo, el Politécnico Colombiano "Jaime Isaza Cadavid" deberá pagarle al doctor Carlos Arturo Restrepo Arango los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha de la desvinculación hasta la fecha del reintegro real y efectivo.

Quinto.- De las anteriores condenas, deberán descontarse las sumas que durante el mismo lapso haya recibido el doctor Carlos Arturo Restrepo Arango de otras entidades oficiales, por iguales conceptos.

Sexto.- Declárase que no hay solución de continuidad en los servicios laborales prestados por el doctor Carlos Arturo Restrepo Arango al Politécnico

EXP. -5526

Colombiano "Jaime Isaza Cadavid", por razón del tiempo comprendido entre su retiro y el reintegro ordenado en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día 22 de abril de 1993.

Diego Younes Moreno; Presidente, Joaquín Barreto Ruíz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lacompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Eneida Wadnipar Ramos; Secretaria

**INEPTA DEMANDA / SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO
/ ACTO PRESUNTO**

Como la Junta Nacional de Escalafón de la Seccional Huila no contestó ni se pronunció sobre el escrito del folio 9, presentado a su consideración por el demandante, se dio el fenómeno del silencio administrativo, o sea, que hay que presumir que la respuesta fue negativa o desfavorable al peticionario. Así las cosas, lo que éste ha debido plantear es la nulidad del acto presunto y como consecuencia de ello, el restablecimiento del derecho que estimara lesionado por el mismo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D. C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 5532.- Autoridades Nacionales.- Actor:
LIBARDO PEREZ CORDOBA.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 20 de noviembre de 1990, mediante la cual declaró que no había lugar a fallar en el fondo por carencia del requisito de la demanda en forma.

LA DEMANDA:

La demanda se sustenta en tres hechos sintéticos, a saber:

1. El demandante se desempeña como docente desde 1966; fue asimilado al grado 2o. mediante resolución No. 009 de 1980.
2. Los ascensos posteriores del actor se han producido por cursos realizados y aprobados, pero para ello nunca ha hecho uso de la experiencia docente anterior a 1980.
3. Disposiciones legales y pronunciamientos del Consejo de Estado coinciden en señalar que "la experiencia docente anterior a la inscripción, asimilación o ascenso en el Escalafón contemplado en el Decreto 2277 ya mencionado debe tomarse en cuenta para Posteriores ascensos y que en ningún caso se perderá, así haya sido obtenida por servicios prestados en primaria o secundaria".

LA SENTENCIA IMPUGNADA:

El *a-quo* analizó, inicialmente, si existía mérito para fallar en el fondo, para lo cual tomó en cuenta que según el decreto ley 2277 de 1979 no son los Jefes de Oficina Seccional los que deben decidir sobre esta clase de solicitudes que tienen que ver con el Escalafón, sino que la competencia para ello radica "exclusivamente en la Junta Seccional del Escalafón".

Así mismo, consignó su criterio en el sentido de que el demandante no había pretendido en la vía gubernativa un pronunciamiento del Jefe de la Seccional, sino de la Junta Nacional de Escalafón, Seccional Huida. De otro lado, este organismo se pronuncia mediante resoluciones.

Dice el Tribunal que en la demanda se indican como violadas algunas normas que en realidad sólo podrían contrariar las Juntas Seccionales de Escalafón y no el Jefe de la Seccional, por lo que "estamos frente a una demanda que no puede considerarse como presentada en forma".

Por la misma razón, considera que de la anulación del acto no podrían derivarse las consecuencias planteadas en el libelo, habida cuenta de que el órgano competente para resolver el pedimento en la etapa gubernativa no fue el que se pronunció.

SECCION SEGUNDA

Como el actor enfiló su escrito contra el acto de la Jefe de la Seccional y no contra una determinación de la Junta Seccional, el Tribunal tiene que declararse inhibido para fallar en el fondo.

Del proveído anterior salvó voto el Magistrado Enrique Dussán Cabrera, en cuanto consideró que el acto administrativo demandado sí había sido expedido por funcionario competente. Además, agregó que ese acto tenía los recursos gubernativos, que no pudieron ser utilizados por el actor en virtud de la propia culpa de la administración. Por tanto, en su sentir sí era procedente decidir en el fondo.

EL RECURSO:

En su escrito de apelación, la parte actora insiste en que el acto expedido por la Secretaria Ejecutiva de la Junta Nacional de Escalafón, Seccional del Huila, tiene el carácter de definitivo, porque en él se le niega lo solicitado y por ende, el "derecho laboral correspondiente".

Fuera de lo anterior, expresa que en el caso en comento no hay actos preparatorios de ninguna clase, sino que la ponencia que habitualmente presenta dicha funcionaria es la que se convierte en pronunciamiento de la Junta Seccional.

Por tanto, pide se acepte en su apoyo lo dicho por el Magistrado disidente en su salvamento de voto.

EL CONCEPTO FISCAL:

La Fiscalía Cuarta dice en su concepto que el Tribunal "*a-quo* podía haber entrado a resolver lo planteado en la demanda y, por eso, conceptúa que se debe revocar la providencia apelada y, en su lugar, negar las pretensiones formuladas, como que al actor no le asiste el derecho que discute".

Surtido el trámite correspondiente, y no habiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

A folio 2 del expediente aparece el acto acusado, oficio No. 0109 del 7 de marzo de 1988, mediante el cual la Jefe de la Oficina Seccional de Escalafón del Huila responde el oficio dirigido por el demandante a la "Junta Nacional de Escalafón Seccional Huila" con fecha 2 de febrero de 1988, pero radicado el 15 de los mismos mes y año (Folio 9), y al releer cuidadosamente su texto, se

aprecia claramente que contiene un concepto de quien lo firma, que culmina con el siguiente párrafo:

“En razón a lo anteriormente expuesto se puede concluir que el tiempo laborado en primaria antes de la expedición del Decreto Extraordinario 2277 de 1979 no es válido para los licenciados en ciencias de la educación”.

Esto es, que dicho oficio en realidad no está resolviendo sobre las peticiones del actor, de manera directa ni indirecta, entre otras razones, porque la competencia para ello la tiene la Junta Nacional de Escalafón, Seccional del Huila, y no la Jefe de la Oficina respectiva. Tampoco puede decirse que contra ese oficio existan recursos gubernativos, porque como ya se anotó, en realidad es un concepto y no una decisión de fondo.

Lo que ocurre, entonces, es que como la Junta Nacional de Escalafón de la Seccional Huila no contestó ni se pronunció sobre el escrito del folio 9, presentado a su consideración por el demandante, se dio el fenómeno del silencio administrativo, o sea, que hay que presumir que la respuesta fue negativa o desfavorable al peticionario. Así las cosas, lo que éste ha debido plantear es la nulidad del acto presunto y como consecuencia de ello, el restablecimiento del derecho que estimara lesionado por el mismo. Como no procedió en tal sentido, es evidente que la demanda es inepta e impide un pronunciamiento de fondo.

De otro lado, a folios 36, 37 y 38 del expediente aparecen las resoluciones Nos. 1834 del 3 de noviembre de 1983 y 1200 del 9 de junio de 1987, mediante las cuales se ascendió al actor a los grados 8o. y 9o., en las que se estipuló claramente la fecha que contaría para el siguiente ascenso. Dichos actos se encuentran debidamente ejecutoriados y en firme, y no fueron cuestionados dentro del término legal por el demandante, lo que constituye razón suficiente y de peso para que no tengan ninguna viabilidad las pretensiones del libelo, pues que para ello habría que dejar previamente sin efectos las dos resoluciones mencionadas.

Por lo anterior, deberá confirmarse lo dispuesto por el *a-quo*, aunque por razones distintas a las expuestas por aquél.

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,

SECCION SEGUNDA

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida el 20 de noviembre de 1990 por el Tribunal Administrativo del Huila.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día 15 de abril de 1993.

Diego Younes Moreno, Presidente; Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO / ACTO PRESUNTO

Como la Junta Nacional de Escalafón de la Seccional Huila no contestó ni se pronunció sobre el escrito del folio 9, presentado a su consideración por el demandante, se dió el fenómeno del silencio administrativo, o sea, que hay que presumir que la respuesta fue negativa o desfavorable al peticionario. Así las cosas, lo que éste ha debido plantear es la nulidad del acto presunto y como consecuencia de ello, el restablecimiento del derecho que estimara lesionado por el mismo. Como no procedió en tal sentido, es evidente que la demanda es inepta e impide un pronunciamiento de fondo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Arturo Góngora.*

Referencia: Expediente No. 5533. Autoridades Nacionales. Actor: RAMIRO ANDRADE RODRIGUEZ.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 26 de noviembre de 1990, mediante la cual declaró que no había lugar a fallar en el fondo por carencia del requisito de la demanda en forma.

SECCION SEGUNDA

LA DEMANDA:

La demanda se sustenta en tres hechos sintéticos, a saber:

1. El demandante se desempeña como docente desde el 22 de febrero de 1971; fue asimilado al grado 7o. mediante resolución No. 048 del 19 de junio de 1980.

2. Los ascensos posteriores del actor se han producido por cursos realizados y aprobados, pero para ello nunca ha hecho uso de la experiencia docente anterior a 1981.

3. Disposiciones legales y pronunciamientos del Consejo de Estado coinciden en señalar que "la experiencia docente anterior a la inscripción, asimilación o ascenso en el Escalafón contemplado en el Decreto 2277 ya mencionado debe tomarse en cuenta para posteriores ascensos y que en ningún caso se perderá, así haya sido obtenida por servicios prestados en primaria o secundaria".

LA SENTENCIA IMPUGNADA:

El *a-quo* analizó, inicialmente, si existía mérito para fallar en el fondo, para lo cual tomó en cuenta que según el decreto ley 2277 de 1979 no son los Jefes de Oficina Seccional los que deben decidir sobre esta clase de solicitudes que tienen que ver con el Escalafón, sino que la competencia para ello radica "exclusivamente en la Junta Seccional del Escalafón".

Así mismo, consignó su criterio en el sentido de que el demandante no había pretendido en la vía gubernativa un pronunciamiento del Jefe de la Seccional, sino de la Junta Nacional de Escalafón, Seccional Huila. De otro lado, este organismo se pronuncia mediante resoluciones.

Dice el Tribunal que en la demanda se indican como violadas algunas normas que en realidad sólo podrían contrariar las Juntas Seccionales de Escalafón y no el Jefe de la Seccional, por lo que "estamos frente a una demanda que no puede considerarse como presentada en forma".

Por la misma razón, considera que de la anulación del acto no podrían derivarse las consecuencias planteadas en el *libelo*, habida cuenta de que el órgano competente para resolver el pedimento en la etapa gubernativa no fue el que se pronunció.

Como el actor enfiló su escrito contra el acto de la Jefe de la Seccional y no contra una determinación de la Junta Seccional, el Tribunal tiene que declararse inhibido para fallar en el fondo.

Del proveído anterior salvó voto el Magistrado Enrique Dussán Cabrera, en cuanto consideró que el acto administrativo demandado sí había sido expedido por funcionario competente. Además, agregó que ese acto tenía los recursos gubernativos, que no pudieron ser utilizados por el actor en virtud de la propia culpa de la administración. Por tanto, en su sentir sí era procedente decidir en el fondo.

EL RECURSO:

En su escrito de apelación, la parte actora insiste en que el acto expedido por la Secretaria Ejecutiva de la Junta Nacional de Escalafón, Seccional del Huila, tiene el carácter de definitivo, porque en él se le niega lo solicitado y por ende, el "derecho laboral correspondiente".

Fuera de lo anterior, expresa que en el caso en comento no hay actos preparatorios de ninguna clase, sino que la ponencia que habitualmente presenta dicha funcionaria es la que se convierte en pronunciamiento de la Junta Seccional.

Por tanto, pide se acepte en su apoyo lo dicho por el Magistrado disidente en su salvamento de voto.

EL CONCEPTO FISCAL:

La Fiscal Quinto dice en su concepto que el agotamiento de vía gubernativa es requisito *sine qua non* para ocurrir en demanda ante esta jurisdicción, lo cual se producía -para la época en que fue presentada la misma-, "**cuando contra los actos administrativos no procedía ningún recurso y cuando los recursos interpuestos se hubieran decidido**".

Luego, expresa que si bien la parte actora formuló una petición que fue contestada por la Jefe de la Oficina Seccional, "**contra el precisado acto no se interpusieron los recursos legales que procedían, que conforme a los artículos 19 y 20 del Decreto 2277 de 1979 (Estatuto Docente), eran los de reposición, lógicamente ante el mismo funcionario, y el de apelación ante la Junta Nacional del Escalafón.**"

Y señala que la parte demandante ha debido alegar en la vía gubernativa, -precisamente-, que la competencia para desatar sus peticiones la tenía la Junta

SECCION SEGUNDA

y no la Secretaria o Jefe de la Oficina Seccional. Por esas razones, su opinión es la de que la Sala debe declararse inhibida por "falta de agotamiento de la vía gubernativa".

Surtido el trámite correspondiente, y no habiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

A folio 2 del expediente aparece el acto acusado, oficio No. 0122 del 9 de marzo de 1988, mediante el cual la Jefe de la Oficina Seccional de Escalafón del Huila responde el oficio dirigido por el demandante a la "Junta Nacional de Escalafón Seccional Huila" con fecha 2 de febrero de 1988, pero radicado el 15 de los mismos mes y año (Folio 9), y al releer cuidadosamente su texto, se aprecia claramente que contiene un concepto de quien lo firma, que culmina con el siguiente párrafo:

"En razón a lo anteriormente expuesto se puede concluir que el tiempo laborado en primaria antes de la expedición del Decreto Extraordinario 2277 de 1979 no es válido para los licenciados en ciencias de la educación."

Esto es, que dicho oficio en realidad no está resolviendo sobre las peticiones del actor, de manera directa ni indirecta, entre otras razones, porque la competencia para ello la tiene la Junta Nacional de Escalafón, Seccional del Huila, y no la Jefe de la Oficina respectiva. Tampoco puede decirse que contra ese oficio existan recursos gubernativos, porque como ya se anotó, en realidad es un concepto y no una decisión de fondo.

Lo que ocurre, entonces, es que como la Junta Nacional de Escalafón de la Seccional Huila no contestó ni se pronunció sobre el escrito del folio 9, presentado a su consideración por el demandante, se dió el fenómeno del silencio administrativo, o sea, que hay que presumir que la respuesta fue negativa o desfavorable al peticionario. Así las cosas, lo que éste ha debido plantear es la nulidad del acto presunto y como consecuencia de ello, el restablecimiento del derecho que estimara lesionado por el mismo. Como no procedió en tal sentido, es evidente que la demanda es inepta e impide un pronunciamiento de fondo.

De otro lado, a folios 36, 37 y 38 del expediente aparecen las resoluciones Nos. 01162 del 3 de septiembre de 1984 y 1047 del 9 de junio de 1987, mediante las cuales se ascendió al actor a los grados 8o.- y 9o., en las que se estipuló claramente la fecha que contaría para el siguiente ascenso. Dichos actos se encuentran debidamente ejecutoriados y en firme, y no fueron cuestionados

dentro del término legal por el demandante, lo que constituye razón suficiente y de peso para que no tengan ninguna viabilidad las pretensiones del libelo, pues que para ello habría que dejar previamente sin efectos las dos resoluciones mencionadas.

Por lo anterior, deberá confirmarse lo dispuesto por el *a-quo*, aunque por razones distintas a las expuestas por aquél.

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 el 26 de noviembre de 1990 por el Tribunal Administrativo del Huila.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día quince (15) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno; Presidente, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**DEMANDA - Requisitos / FUNDAMENTOS DE DERECHO /
PROCESALISMO / INEPTITUD DE LA DEMANDA -
Improcedencia**

Si el *a-quo* consideraba que la demanda no satisfacía los requisitos normales, ha debido inadmitirla, pues no existe ninguna justificación para que venga seis años más tarde a soslayar un - fallo de mérito, sobre la base de que dicho instrumento en realidad no reunía las exigencias legales. Este argumento ilógico implica un manejo literalista con el cual la Sala no puede estar de acuerdo, porque entraña el vicio conocido como "procesalismo", que por lo más significa un desgaste inaceptable para la administración de Justicia por ello, el juzgador -*máxime* si actúa en primera instancia- debe ser cuidadoso en extremo, a fin de que no se ventilen durante largos años controversias que puedan conducir a una decisión final del conflicto de fondo por fallas estructurales del libelo demandatorio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 5899. Autoridades Nacionales. Actora:
MARIA LEONOR PINTO DE CORENA.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por MARIA LEONOR PINTO DE CORENA, contra la sentencia proferida el 18 de enero de 1.991 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B", mediante la cual se declaró inhabilitado para resolver de fondo por ineptitud sustantivo de la demanda.

LA DEMANDA:

El libelo de demanda (Folios 7-13), pretende la nulidad de la Resolución No. 07209 del 12 de diciembre de 1984, por la cual el Contralor General de la República destituyó a la demandante del cargo de Auditor Regional Nivel Ejecutivo Grado 4 ante el Centro el interamericano de Foto-Interpretación y la inhabilita para desempeñar cualquier cargo público por el término de doce (12) meses, a partir de la notificación del acto; y a título de restablecimiento del derecho, que sea reintegrada, se le paguen los salarios y prestaciones dejados de percibir entre las fechas de retiro y la del reintegro, y se declare que no hay solución de continuidad en sus servicios a la Contraloría General de la República, por esta causa.

En los hechos se dice que la actora venía desempeñando ese cargo desde el 13 de febrero de 1984, fecha en que se posesionó luego de haber servido otro de nivel inferior; así mismo, se afirma que se vínculo a dicha entidad desde abril de 1977.

De igual manera, se expresa que la demandante demostró "eficiencia, moralidad, pulcritud y absoluto cumplimiento de sus deberes oficiales, sin que fuera merecedora de sanción disciplinaria alguna." Acto seguido, se dice que "con fundamento en una imputación a todas luces falsa y por la supuesta comisión de una falta grave que no ha cometido", fue destituida, con la sanción adicional de quedar inhabilitado durante un año para ejercer cargos públicos.

Recaba la demanda que la resolución acusada se sustenta en que "la inculpada no desvirtuó los cargos que se le formularon, consistentes en una supuesta violación de sus deberes al haber celebrado contratos con el Sena, entidad que debía ser fiscalizada, a través de un periódico de su propiedad denominado "Hechos del Cesar", conducta con la cual se dice "la acusada violó el Decreto 150 de 1976, artículo 8 numeral 3, vigente para la época de estos hechos...", como se concreta en el auto proferido por la Oficina de Control Interno, que sirvió de base al acto administrativo acusado."

Y en relación con estas inculpaciones manifiesta que la actora "no violó la norma del estatuto contractual relacionada y como consecuencia, la adecuación de su conducta al tipo de faltas que dan lugar a la destitución,

SECCION SEGUNDA

constituye una falsa motivación del acto administrativo acusado, que conlleva a su invalidez.”

En el acápite que se denominó “IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO”, se sostiene que el acto acusado viola los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional; 8 y 10 del Decreto 150 de 1976 y 38 del Decreto 937 de 1976. Y para desarrollar el concepto de su violación se expresa lo siguiente:

“La existencia de una eventual inhabilidad para contratar con el Sena, como se afirma, desapareció desde el momento mismo en que el periódico, que se dice ser de propiedad de MARIA LEONOR PINTO DE CORENA, siendo único en el Departamento de Cesar, ofrecía y prestaba, sin intervención alguna de la funcionaria acusada, en condiciones comunes sus servicios a la comunidad.”

“La configuración de una falta inexistente y la sustentación en ella de un acto administrativo, comporta falsa motivación y por ende, desviación de poder. (Las negrillas no son del texto original).

POSICION DE LA PARTE DEMANDADA:

La parte demandada se constituyó en parte, contestó la demanda oponiéndose a sus pretensiones y cuestionó lo relacionado con las normas violadas y el concepto de violación, así:

“Cita el señor apoderado del actor una serie de normas que considera violadas sin indicar en qué consiste el concepto de la violación; cuando la ley habla de la indicación de las disposiciones violadas, no se cumple el requisito con la simple cita de las normas que se estimen infringidas por el acto, sino que tendrá que explicarse el alcance y el sentido de la infracción, o sea el concepto de la violación.”

“Esta exigencia de la cita de las disposiciones violadas y del concepto de la violación fuera de ser legal ha sido objeto de delimitación por el Consejo de Estado que en forma reiterada ha sostenido que en el proceso contencioso administrativo no se trata de un control general de legalidad y que el juzgador no tendrá que analizar sino los motivos de violación alegados por el actor y las normas que este mismo estime como vulneradas.” (Las negrillas no son del original).

Posteriormente, en el término del traslado para alegar la parte demandada propuso la excepción de inepta demanda y pidió que se dictara fallo inhibitorio o se negaran las súplicas de la demanda.

LA SENTENCIA:

El *a-quo* se declaró inhibido para resolver en el fondo, considero en los siguientes razonamientos:

“El numeral 4o. del artículo 137 del C.C.A., como igualmente la Ley 167 de 1.941 lo exigía, requieren que cuando se impugne un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de la violación. Es decir, que al demandante le corresponde precisar cuál es la disposición que según él se ha quebrantado con el acto administrativo expedido y omitido y por qué razón o motivos cree que ha ocurrido esa infracción.”

“Esto porque la jurisdicción contenciosa tiene que resolver en consonancia con lo expuesto por el demandante pues tiene que ver mucho con los efectos que la sentencia tenga con respecto a las partes y a terceros.”

“Examinado el libelo se encuentra la Sala con que solamente se cita el articulado del Decreto 150 de 1.976 y el artículo 38 del Decreto 937 de 1.976, pero sin señalar porqué (sic) se considera que se consumó su infracción por el acto administrativo impugnado.”

“Entonces como piensa el Señor Fiscal, se incurrió en forma irregular e inadmisibles de formular el ataque jurídico, porque el acto solo puede ser enjuiciado a la luz de la norma violada y según la forma del quebrantamiento invocado. Esto lleva a la declaratoria de la ineptitud de la demanda, que impone al Tribunal un pronunciamiento inhibitorio.” (Las negrillas no son del texto original).

EL RECURSO:

En el escrito de interposición del recurso de alzada, la parte actora insiste en los argumentos que expuso en el traslado para alegar ante el Tribunal y plantea esta tesis:

“Es decir, que si además de la infracción de normas superiores la demanda se dirige o encamina por “falsa motivación” aunque el

SECCION SEGUNDA

libelo no contenga la explicación de por qué se infringen aquellas normas, la demanda sigue siendo apta porque la sola falsa motivación es causal, per se, de anulación del acto acusado.”

“Como al descuido, casi sin darse cuenta, así se admite en la sentencia, cuando en el Capítulo III se distingue, en párrafos distintos, que “No se dio (sic) el concepto de violación de dichas normas” a la vez que se acota que “La falsa motivación que a su entender tuvo el acto la hace estribar en que se imputó una falta inexistente, lo que desencadena una desviación de poder”. (Las negrillas no son del original).

Más adelante, reitera su pensamiento de que la demanda contencioso administrativa no contiene fórmulas sacramentales, según la ley, y que bastaba con dar “una razón de cómo el acto acusado no se atenía a ellas.” Del mismo modo, manifiesta que:

“Exigir, por tanto, una disertación para demostrar que no existía la inhabilidad fundamento de la sanción, y cuya inexistencia implicaba la violación de tales normas, es excesivo cuando la sola afirmación de la inexistencia de la falta, por ausencia de inhabilidad, conduce necesariamente a que las normas en que se soportó el cargo fueron violadas.” (Las negrillas no son del texto original).

Como apunte final, la parte actora consigna que:

“Siendo la “falsa motivación” razón suficiente e independiente para la anulación del acto, lo menos que pudo contener la sentencia fue una referencia a este motivo aducido en la demanda.” (Las negrillas no son del original).

Y en seguida aduce que fallos recientes de esta Corporación han resaltado el objeto de las normas procesales, “qué no es otro que el de asegurar los derechos sustanciales”; y ataca los fallos inhibitorios en cuanto desconocen “la garantía a que es acreedor el administrado para la prevalencia de sus legítimos intereses, para lo cual acude en procura de justicia.” (Folio 80).

Ya ante esta Corporación, presentó la demandante un nuevo escrito (Folios 88-89), en el que invoca dos providencias donde se sostienen argumentos que dicen relación con el excesivo rigorismo procedimental: Un auto del 4 de septiembre de 1981, de la Sección Cuarta y una sentencia de la misma, del 6 de febrero de 1987.

EL CONCEPTO FISCAL:

En su concepto de fondo, la Fiscal Quinto deja de lado lo que se refiere a la ineptitud de la demanda y enfoca sus planteamientos hacia el análisis de las razones en que se sustentó el acto acusado, para concluir que la conducta de la actora en verdad era constitutiva de falta disciplinaria y por ende, ameritaba. “la aplicación de la máxima sanción que se le puede imponer al empleado público”. (Folio 96).

Puntualiza, además, que la demandante realizó negociaciones con la Dirección General del SENA (folio 13 *ibídem*), estando inhabilitada para ello. Así las cosas, la entidad demandada estaba facultada para imponer la sanción de destitución, pues la falta imputada es considerada como grave.” (Folio 97).

Con apoyo en estos lineamientos manifiesta que las súplicas del libelo deben ser despachadas desfavorablemente.

Surtido el trámite correspondiente y no habiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Desde la Ley 167 de 1.941, ha sido una constante del procedimiento administrativo, la de exigir que la demanda indique las normas violadas y el concepto de su violación.

Empero, sobre lo que no existe unanimidad entre los tratadistas y doctrinantes, y aún en la jurisprudencia, es sobre cómo se debe cumplir este requisito; esto es, si el concepto de la violación debe ser explicado en forma minuciosa y exhaustiva, o si por el contrario, puede plantearse de manera general.

El tratadista y Consejero de Estado doctor Carlos Betancur Jaramillo dice lo siguiente al respecto:

“Esta exigencia de cita de las disposiciones violadas y del concepto de la violación fuera de ser legal ha sido objeto de delimitación por parte del Consejo de Estado, organismo que en forma reiterada ha sostenido que en el proceso contencioso administrativo no se da un control general de legalidad y que el juzgador no tendrá que analizar sino los motivos de violación alegados por el actor y las normas que este mismo estime como vulneradas.” (“Derecho Procesal Administrativo”, 3a. edición; 2a. reimpresión; Señal Editora; Medellín y Bogotá; 1992; pág. 163).

SECCION SEGUNDA

Y más adelante:

“La cita de las normas violadas y el concepto de la violación tienen que ver con las acciones de impugnación de los actos jurídicos, ya que en éstas la violación de la ley en su expresión específica es causa *petendi* autónoma para pretender la nulidad del acto. Por esa razón, si el Juzgador estudia oficiosamente otras normas diferentes no alegadas estará modificando la demanda en su causa *petendi*.” (Obra citada; pág. 164).

Otros autores, tanto nacionales como extranjeros, coinciden en cuanto a estos criterios.

Por tanto, el primer aspecto que analizará la Sala es el de si la demanda en realidad es inepta o si se acomoda a la preceptiva procesal, para permitir un fallo de mérito.

En ese orden de ideas, es incuestionable que la demanda reúne los requisitos formales, como que así lo reconoció el propio Tribunal cuando dictó el auto del 31 de mayo de 1.985, en el cual “Por reunir los requisitos legales, se admite la anterior demanda.” (Folio 15).

Si el *a-quo* consideraba que la demanda no satisfacía los requisitos formales, ha debido inadmitirla, pues no existe ninguna justificación para que venga seis (6) años más tarde a soslayar un fallo de mérito, sobre la base de que dicho instrumento en realidad no reunía las exigencias legales. Este argumento es ilógico e implica un manejo literalista con el cual la Sala no puede estar de acuerdo, porque entraña el vicio conocido como “procesalismo”, que por lo demás significa un desgaste inaceptable para la administración de Justicia. Por ello, el Juzgador -*máxime* si actúa en primera instancia-, debe ser cuidadoso en extremo, a fin de que no se ventilen durante largos años controversias que no puedan conducir a una decisión final del conflicto de fondo por fallas estructurales del libelo demandatorio.

Por otra parte, la Sala quiere hacer énfasis en que una cosa son los presupuestos procesales, como requisito para la validez del proceso, y otra los de la pretensión, que a lo que atienden o se encaminan es a la posibilidad de que la sentencia sea favorable o positiva para los intereses involucrados en la demanda.

De suyo, si la demanda cumple a marchas forzadas, a regañadientes, con los requisitos legales, pero su enfoque es insuficiente para la prosperidad de las pretensiones invocadas en ella, será la parte respectiva la que padezca los resultados de sus falencias. Empero, que la demanda sea deficiente no

siempre quiere decir que sea inepta. Por ello, el legislador establece unos requisitos de forma y otros de fondo; si se satisfacen los primeros, la demanda será apta para que se trabe la *litis*; pero para que prospere son indispensables los segundos.

En concordancia con lo anterior, la Sala revocará la sentencia del *a-quo*, en cuanto consideró que por ineptitud de la demanda no le era dable resolver en el fondo sobre las peticiones de la misma.

Ahora bien; para desatar el recurso impetrado es necesario analizar la motivación del acto acusado. En éste, es decir, en la Resolución No. 07209 del 12 de diciembre de 1984, se dijo, entre otras cosas, lo siguiente:

“Que una vez iniciada la investigación por el funcionario comisionado y surtido el trámite de la acción disciplinaria consagrada en el Decreto 937 de 1.976, se comprobó que el inculpado no desvirtuó los cargos formulados en el expediente mencionado.”

“Que de acuerdo con el anterior considerando la señora MARIA LEONOR PINTO DE CORENA infringió los numerales 5, 7, 32, 33 y 37 del artículo 38 del Decreto 937 de 1976, regimen (sic) aplicable al los funcionarios de la Contraloría General de la República, que da lugar a sanción disciplinaria.”

“Que de conformidad con el artículo 37 del Decreto 937 de 1976, se corrió traslado del expediente al Comité de Personal, el cual en su concepto previo recomendó sancionar con destitución a la señora MARIA LEONOR PINTO DE CORENA, según acta No. 06 del 26 de Octubre de 1984.”

“Que de acuerdo con el artículo 62 del Decreto 937 de 1976, en el mismo acto administrativo en que se imponga como sanción la destitución se deberá determinar el tiempo de inhabilidad para desempeñar cargos públicos que no podrá ser mayor de un (1) año.

Con fundamento en esta motivación se destituyó a la actora y se la inhabilitó para desempeñar cualquier cargo público por el término de doce (12) meses.

Pues bien; es menester estudiar entonces sí la demandante incurrió o no en las conductas mencionadas en el acto de remoción. Para ello, la Sala se remite a los siguientes puntos:

SECCION SEGUNDA

1. En oficio calendado el 1o. de octubre de 1981, el Secretario de la Auditoría ante el Sena, Rafael E. Miranda Montoya, pidió al Jefe de la Oficina de Control Interno de la Contraloría General de la República la apertura de una investigación contra la señora MARIA LEONOR PINTO DE CORENA, por considerar que celebró contratos con el Sena no obstante existir inhabilidades e incompatibilidades como las contempladas en el artículo 144 del Código Penal y en el artículo 8o., numeral 13, del Decreto 150 de 1976. (Folio 3, cuaderno No. 3).

2. El funcionario citado también se dirigió el 7 de octubre de 1981 al Secretario General de la Contraloría, solicitándole una investigación por estos hechos; en su oficio precisó que la inculpada había suscrito, como propietaria de un establecimiento mercantil, varios contratos con el Sena, no obstante que como Sub-Auditoría estaba fiscalizando dicho organismo. (Folio 5, cuaderno No. 3)

3. El 14 de diciembre de 1981 se dictó un auto mediante el cual se declaró abierta la investigación mencionada. (Folio 6, cuaderno No. 3).

4. La Sección de Contabilidad del Sena, Dirección General, hizo constar que con cheques del 27 de junio y el 21 de agosto de 1980, había cancelado gastos de publicidad a "Hechos del Cesar y la Guajira", por \$30.160,00 y \$10.530,00, respectivamente. (Folios 12 y 13, cuaderno No. 3).

5. El Jefe de la Dirección Nacional del Derecho de Autor expidió constancia en el sentido de que dicha publicación periódica "está reservada a favor de los señores HERNANDO MENDOZA SANCHEZ y MARIA LEONOR PINTO ARAUJO, mediante Resolución número 001427 del 26 de mayo de 1980". (Folio 20, cuaderno No. 3).

6. Se allegó también un certificado de la Cámara de Comercio de Valledupar, en el cual consta que la actora es socia de la sociedad "Mendoza & Pinto Limitada", con domicilio en Valledupar, y titular del cincuenta por ciento (50%) de las cuotas sociales. (Folio 25, cuaderno No.3).

7. El 23 de enero de 1984 se declaró agotada la etapa instructiva y se ordenó correrle pliego de cargos a la demandante. (Folio 38, cuaderno No.3).

8. Mediante oficio del mismo 23 de enero de 1984 se le corrió pliego de cargos a la señora LEONOR PINTO DE CORENA. (Folio 39, cuaderno No. 3).

9. A folios 40 y 41 del cuaderno No. 3, figuran los descargos rendidos por la inculpada el 5 de marzo de 1984. En su escrito ella sustenta su defensa en que los hechos ocurrieron un año atrás y que los contratos no le habían sido otorgados a la sociedad antes citada por intervención suya, sino porque dicho periódico era el único en la región y el Sena “estaba interesado en la prestación de un servicio”.

10. En el mismo cuaderno No. 3, folios 54-56, aparece el informe rendido por la Abogada Investigadora, que culmina con la recomendación de que se destituya a la demandante.

11. De igual manera, a folio 58 del cuaderno No. 3 obra el auto del 9 de octubre de 1984, mediante el cual el Jefe de la Sección de Quejas y Reclamos acoge el informe anterior.

12. Con fundamento en estos antecedentes, como ya se dijo, se dictó la Resolución No. 07209 del 12 de diciembre de 1984, acto acusado en este proceso.

13. El artículo 8o., numeral 3, del Decreto No. 150 de 1976, establecía que son inhábiles para contratar “las sociedades en que sea socio el empleado público o trabajador oficial, con las entidades a que se refiere el presente decreto.”

14. Así mismo, el artículo 38 del Decreto 937 de 1976, por el cual se expide el Estatuto de Personal para los empleados de la Contraloría General de la República, preceptúa que son faltas graves que dan lugar a destitución, entre otras, las siguientes:

“5. Asociarse por cualquier título y bajo cualquier nombre, a empresas o personas que contraten con la Contraloría o con el organismo que se controla.

“7. Obtener préstamos o contraer obligaciones con personas naturales o jurídicas con las cuales se tenga relaciones en razón del cargo que se desempeña.”

“32. Causar intencionalmente daño material a los edificios, obras, maquinaria, materias primas y demás objetos relacionados con el trabajo.”

“33. Realizar actividades incompatibles con el decoro del cargo, su desempeño, o con el respeto y lealtad debidos a la entidad y a la administración pública.”

SECCION SEGUNDA

“37. Percibir de las entidades vigiladas prestaciones en dinero o en especie.”

15. Vistos estos pormenores y la reglamentación aplicable a los empleados de la Contraloría General de la República es indudable que le asistía razón a la entidad nominadora cuando encontró que la conducta de la demandante encuadraba en esas hipótesis. Por tanto, la Sala concluye que el acto acusado conserva su presunción de legalidad.

No sobra poner de presente ahora que en realidad la demanda se limitó a cuestionar la decisión tomada por la Contraloría afirmando que la imputación era falsa, pero sin allegar pruebas que respaldaran su aserto.

En el capítulo de “Fundamentos de Derecho”, como se apreció en otro acápite de esta providencia, sostuvo que la “eventual inhabilidad” de la demandante desapareció porque el periódico del cual aquélla era copropietaria “ofrecía y prestaba, sin intervención alguna de la funcionaria acusada, en condiciones comunes sus servicios a la comunidad.” (Folio 10). Sin embargo, ni se demostró esta afirmación, por un lado, ni del otro se acredita que el hecho estuviera catalogado como eximente o atenuante de responsabilidad.

Esto es, que la demanda fue deficiente e incompleta para generar los frutos que se pretendían; pero como ya quedó explicado, esto incide en su aptitud para lograr una decisión favorable a sus intereses y no para los efectos de clasificarla como inepta desde el punto de vista formal.

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 proferida el 18 de enero de 1.991 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B”, en cuanto se declaró inhibido para resolver en el fondo por ineptitud sustantivo de la demanda y en su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día 10. de abril de 1993.

EXP. - 5899

Diego Younes Moreno, Presidente; Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Carlos Artruro Orjuela Góngora.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

GASTOS DE REPRESENTACION / FACTOR SALARIAL

Como los gastos de representación, a diferencia de las primas de antigüedad y técnica, hacen parte de la asignación mensual que corresponde al cargo y no a factores que se establezcan con base en calidades o la permanencia del empleado, esta Sala ha sostenido reiteradamente que aquellos, junto con el sueldo o salario básico, conforman la asignación que debe tenerse en cuenta para determinar la cuantía, la cual en el presente caso asciende, a la suma de \$97.416.00, suficiente para que el proceso sea de dos instancias. Para establecer cual es la asignación mensual correspondiente al cargo, no es trascendente que las partidas sean salario, ya que este es un concepto útil para otros efectos pero no para la determinación de la cuantía.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 7661. Recurso de Queja. Actor: JESUS ALBERTO ROLDAN ALFONSO.

Conoce la Sala del recurso de queja interpuesto por JESUS ALBERTO ROLDAN ALFONSO con la finalidad de que se la conceda el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 24 de abril de 1992 en el proceso que él promovió.

Lo decidido por el Tribunal. Denegó la concesión del recurso de apelación teniendo en cuenta que la asignación mensual correspondiente al cargo desempeñado por el actor no superaba la suma de \$80.000.00; conclusión a la que llegó por estimar que lo devengado por prima de antigüedad, prima técnica o gastos de representación no integran la asignación básica que es la equivalente a dicha asignación, que solo llegaba a \$60.240.

El recurso.

Alega que el demandante recibía \$60.420 de sueldo, mas \$36.996 de gastos de representación, fuera de las primas y bonificaciones. Para los efectos del recurso, considera la Sala que no es necesario referirse a los demás argumentos expuestos por el recurrente.

Para resolver, se considera:

1. El Tribunal dio por establecido que, la asignación básica mensual del cargo del demandante era la suma de \$60.420.

De otro lado, el actor demostró con el documento que obra a folios 25 y 26 que los gastos de representación que devengó lo fueron en la cuantía mensual de \$36.996.00.

2. Como los gastos de representación, a diferencia de las primas de antigüedad y técnica, hacen parte de la asignación mensual que corresponde al cargo y no a factores que se establezcan con base en calidades o la permanencia del empleado, esta Sala ha sostenido reiteradamente que aquellos, junto con el sueldo o salario básico, conforman la asignación que debe tenerse en cuenta para determinar la cuantía, la cual en el presente caso asciende, a la suma de \$97.416.00, suficiente para que el proceso sea de dos instancias.

3. Aprovecha la Sala para aclarar, una vez más que para establecer cual es la asignación mensual correspondiente al cargo, no es trascendente que las partidas sean salario, ya que este es un concepto útil para otros efectos pero no para la determinación de la cuantía.

Consecuentemente, la Sala accederá al recurso de apelación en el efecto suspensivo.

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

SECCION SEGUNDA

RESUELVE:

CONCEDESE en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por JESUS ALBERTO ROLDAN ALFONSO contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 24 de abril de 1992.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Aprobado en la Sala del día 22 de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Carlos A. Orjuela Góngora, Pedro Charria Angulo, Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / INSUBSISTENCIA / CADUCIDAD

Tratándose del término de caducidad, está previsto en el artículo 136 del C.C.A., tal como fue modificado por el Decreto 2304 de 1989, artículo 23, que en el caso de la acción de restablecimiento del derecho, ésta caduca “al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso”. En esta última expresión se ha visto una clara referencia en relación al acto y a la forma como la administración da a conocer sus decisiones.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 7768. Apelación Interlocutorios. Actor: ELMER ENRIQUE DAZA DAZA.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor contra el auto del 30 de octubre de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo del Cesar, mediante el cual rechazó la presente demanda, por caducidad de la acción.

Considera al respecto el Tribunal que la Resolución “Nº 00836 del 20 de marzo de 1992” que desvincula al demandante “surtió sus efectos a partir del primero de abril de 1992” según el artículo primero del acto y la certificación de la Pagadora de la Administración Local de Impuestos Nacionales del Cesar y, como la demanda fue presentada el 5 de octubre del mismo año, transcurrieron

SECCION SEGUNDA

en exceso los cuatro meses que señala la norma, artículo 136 del C.C.A., por lo que presenta la caducidad de la acción.

Señala luego que no existe razón al demandante cuando sostiene que la Resolución cumplió su ejecución en dos etapas, cuando se expidió para aceptar el retiro voluntario, a partir del 1° de abril de 1992 y la otra, cuando fue pagada la bonificación. La desvinculación “operó” a partir de esta fecha y desde ahí se cuenta el término de caducidad de la acción; el pago de la bonificación es una “secuela” del acto administrativo, no el en sí. (fls. 33-38).

El impugnante por su parte sostiene que la caducidad en este caso debe observarse desde el punto de vista de la ejecución del acto y ésta se cumplió en dos etapas, una cuando se expidió y a partir de la cual se desvincula al empleado, quedando a la expectativa del segundo requisito, pues el pago de la indemnización y bonificación “está atado cada uno al retiro por insubsistencia o por supuesto retiro voluntario” y al efecto señala en apoyo, el artículo 2° de la Ley 60 de 1990 en su numeral 1° que dispone sobre el retiro del Servicio mediante Compensación Pecuniaria.

Manifiesta luego que de acuerdo al artículo 2° del Decreto 1660 de 1991, el pago es una condición, es causa y si el nominador no cumple el requisito, el acto no ha tenido ejecución y en consecuencia, el término de caducidad se cuenta “desde la fecha en que se ha pagado al funcionario lo que se ordena en el artículo 2° de la Resolución materia de demanda” (fl. 40). Para concluir expresa que “como la ejecución plena del acto se cumplió el día 5 de junio de 1992, es a partir de ese momento que empieza a correr el término de caducidad de la acción que he propuesto al Tribunal, y que venció el día 5 de octubre de 1992”. (fl. 41).

SE CONSIDERA :

Uno de los actos acusados, la Resolución N° 00888 del 25 de marzo de 1992 del Ministro de Hacienda y Crédito Público, declara insubsistente el nombramiento del actor, a partir del 1° de abril de ese año, en desarrollo de los objetivos previstos, entre otros, en el Decreto Ley 1660 de 1991 que establece sistemas de retiro del servicio mediante indemnización pecuniaria, aplicables a la Rama Ejecutiva del Poder Público (fls. 6-8).

Según ha podido observarse, el Tribunal encontró caducada la acción al tener en cuenta que la ejecución del acto tuvo lugar el 1° de abril de 1992 y la demanda se presentó el 5 de octubre siguiente.

Tratándose del término de caducidad, está previsto en el artículo 136 del C.C.A., tal como fue modificado por el Decreto 2304 de 1989, artículo 23, que en el caso de la acción de restablecimiento del derecho, ésta caduca “al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso”. En esta última expresión se ha visto una clara referencia en relación al acto y a la forma como la administración da a conocer sus decisiones.

Ahora bien, en tratándose de una declaración de insubsistencia, como la que se controvierte en el *sub-lite*, que no requiere de notificación ni aparece constancia de la fecha en que fue comunicada, es obvio que el término se cuenta desde la ejecución del acto, o sea que, lo que realmente importa para efectos de la caducidad, es determinar el momento en el cual tuvo ocurrencia aquélla, pues no queda duda de que en esa oportunidad, conoció el interesado la existencia del acto y tuvo aplicación la medida adoptada.

Sobre el particular, señala el recurrente que fue nombrado en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 2 de febrero de 1992 y desde esa fecha ejerció las funciones del cargo “hasta el 31 de marzo de 1992, fecha de su retiro supuestamente voluntario, precisamente cuando se desempeñaba en el cargo de JEFE DE OFICINA 2045-2”. (fl. 13).

Si bien no ha sido motivo de discusión que el término se cuente desde la ejecución del acto, sostiene el recurrente que, en este caso, tal ejecución se cumplió en dos etapas o momentos y, en consecuencia, la caducidad “empieza su vigencia o conteo desde la fecha en que se ha pagado al funcionario”, la que determina para el 5 de junio de 1992, día en el cual la administración canceló el último sueldo y la indemnización (fl. 9).

No comparte la Sala el anterior planteamiento del actor porque si bien es cierto que para el retiro del servicio se había previsto tal modalidad de insubsistencia con indemnización, es de observar, que no pueden confundirse bajo una misma óptica, para efectos de caducidad de la acción, dos aspectos que tienen características y finalidades diferentes. En tanto que la insubsistencia es una forma que tiene la administración en uso de la facultad discrecional y el buen servicio para desvincular al funcionario, las indemnizaciones previstas y la bonificación, constituyen operaciones administrativas de liquidación, que se materializan con el pago y tienen como finalidad, una compensación en dinero para subvenir a las necesidades económicas del empleado separado del servicio.

Ciertamente, este último aspecto no es materia de objeción en el *sub-lite*, no se discute la indemnización ni las condiciones de pago sino el acto de

SECCION SEGUNDA

desinvestidura que como es obvio, es el que afecta al actor y que sin duda alguna, se materializa y tiene cumplida ejecución cuando éste hace efectiva dejación del cargo, esto es, a partir del 1° de abril de 1992, pues es en esa fecha cuando el funcionario cesa en sus funciones, deja de percibir los salarios y al fin de cuentas, queda desvinculado del servicio. No es pues admisible la afirmación del recurrente de que, la ejecución del acto se cumple en dos momentos y menos aún, cuando aduce que mientras no se cumpla el pago "el funcionario mantenía su vinculación al servicio".

De todo lo anteriormente expuesto se deduce que estuvo acertado el Tribunal cuando concluyó en la providencia recurrida que, "la desvinculación operó a partir del primero de abril y desde esa fecha debe contarse la caducidad". Es claro en consecuencia que para la fecha de presentación del libelo, el 5 de octubre de 1992 (fl. 30 vlto.) se había configurado la caducidad de la acción, conforme a lo dispuesto en el artículo 136 del C.C.A.

En tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

Confirmase el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 15 de abril de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

**SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia /
SEPARACION DEL SERVICIO / INSUBSISTENCIA /
REFORMATIO IN PEJUS**

Para hacer un pronunciamiento sobre la aplicación de la *Reformatio in pejus* que aduce el libelista, será menester un estudio de fondo, el cual no procede en la oportunidad de resolver la suspensión provisional del acto. Tampoco es admisible como prueba del perjuicio que sufre el accionante, la simple manifestación de que se acompaña para tal efecto el decreto demandado porque en este caso, se requiere de acuerdo con la norma, “demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor”, de manera que, o es el acto mismo el que exige ésta; el solo hecho de que a un empleado se le separe del servicio, no constituye per-se la prueba exigida. De otro lado, ha puntualizado en varias oportunidades la Sala que en los casos de separación del servicio no procede la suspensión provisional del acto demandado por cuanto ello implicaría de inmediato el reintegro al servicio, lo que es sin duda, una decisión prematura o anticipada, que excede el carácter de la medida provisoria y representaría un pronunciamiento de mérito del asunto puesto. En este sentido se pronunció la Sala en providencia del 3 de junio de 1992 con ponencia de la Consejera Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

SECCION SEGUNDA

Referencia: Expediente No. 7880. Apelación Interlocutorios. Actor: EUSTERGIO JIMENEZ QUIJANO.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor contra el auto del 22 de julio de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, por medio del cual se negó la suspensión provisional de los actos enjuiciados, en este caso, la Resolución No 041 del 4 de febrero de 1992 de la Procuraduría Tercera Delegada para la Vigilancia Administrativa y el Decreto No 858 del 4 de junio de 1992 de la Gobernación del Tolima.

Señala el accionante entre varias razones, al solicitar la medida, que la Procuraduría Departamental del Tolima por Resolución No. 033 del 20 de marzo de 1991, sancionó el actor con solicitud de 30 días de suspensión en el ejercicio del Cargo de Notario Unico del Círculo de Dolores y que, al resolverse el recurso de apelación la Procuraduría Tercera hizo más gravosa la situación al solicitar la destitución, con lo cual se viola el artículo 31 de la Constitución (fls. 131-134).

Al respecto dice el Tribunal que es improcedente la medida pues sería necesario definir si la disposición superior es aplicable a los “fallos disciplinarios” y si al resolverse el recurso, se podía imponer como sanción solicitud de destitución del cargo que ocupaba el actor, lo cual necesita de un análisis “profundo” no siendo éste el momento procesal (fls. 141-145).

Al impugnar la decisión señala el recurrente, luego de referirse a la situación que se dejó descrita, que se demostró el perjuicio causado al actor al aportarse copia auténtica del Decreto 858 del 4 de junio de 1992 de la Gobernación del Tolima, mediante el cual se destituye al demandante y que, la inconformidad con el artículo 2º de la decisión impugnada radica en que es indiscutible que la norma constitucional, “está por encima de toda norma de menor jerarquía” (fl. 163). Manifiesta también que se considera notificado por conducta concluyente del auto admisorio de la demanda para efectos de interponer el recurso.

Señala luego que de acuerdo a las disposiciones del orden nacional que gobiernan las actuaciones de la Procuraduría, que al efecto cita, no se menciona que el funcionario *ad-quem* “pueda aplicar la *reformatio in pejus*” y que si bien, la Procuraduría puede imponer como sanción “la solicitud de suspensión”, no debe ser como resultado de una segunda Instancia sino como actuación en la primera. Agrega que en la demanda, se pedía que en el auto admisorio se ordenara el traslado con el fin de realizar la conciliación pero en la providencia impugnada, parcialmente en este recurso, “no se dijo nada al respecto”.

Solicita en consecuencia se revoque el artículo 2o de la providencia recurrida y también, se ordene dar traslado a la Procuraduría General de la Nación para efectos de la conciliación.

SE CONSIDERA:

En el caso *sub-lite*, aparte de que no, procede la suspensión provisional tratándose de actos que impliquen el retiro del servicio, según reiterada jurisprudencia de la Sala, conviene señalar que no se da la supuesta infracción que alega el recurrente del artículo 31 de la Constitución, en forma ostensible para que proceda la medida, porque habría de definir, como bien dijo el *a-quo*, si el principio consagrado en el precepto es aplicable a toda clase de actuaciones, máxime cuando allí se establece que el superior no puede agravar la “pena” impuesta al “condenado”, situaciones estas que, en verdad, no se dan en el presente caso ni son propias del asunto objeto de la controversia.

Es obvio que para hacer un pronunciamiento al respecto y, en especial, sobre la aplicación de la *reformatio in pejus* que aduce el libelista, será menester un estudio de fondo, el cual no procede en la oportunidad de resolver la suspensión provisional del acto. Tampoco es admisible como prueba del perjuicio que sufre el accionante, la simple manifestación de que se acompaña para tal efecto el decreto demandado porque en este caso, se requiere de acuerdo con la norma, “demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor”, de manera que, no es el acto mismo el que exige ésta; el solo hecho de que a un empleado se le separe del servicio, no constituye *per-se* la prueba exigida.

De otro lado, ha puntualizado en varias oportunidades la Sala que en los casos de separación del servicio no procede la suspensión provisional del acto demandado por cuanto ello implicaría de inmediato el reintegro al servicio, lo que es sin duda, una decisión prematura o anticipada, que excede el carácter de la medida provisoria y representaría un pronunciamiento de mérito del asunto puesto. En este sentido se pronunció la Sala en providencia del 3 de junio de 1992 con ponencia de la Consejera Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

Ahora bien, respecto de la manifestación del recurrente en el sentido de que se considera notificado por conducta concluyente del auto admisorio del libelo para efectos de interponer la -apelación, observa la Sala que, habida cuenta de que se efectuaron las notificaciones ordenadas a la parte contraria, no constituiría quebranto a la actuación y, en cuanto a la solicitud de que se corra traslado a la Procuraduría General de la Nación para que se lleve a cabo la conciliación, cabe anotar que no es asunto propio del recurso pues en este se

SECCION SEGUNDA

examina la suspensión provisional del acto y sobre tal aspecto, además, ya se pronunció el *a-quo* (fl. 207).

Dados estos presupuestos, no se accederá a la solicitud del recurrente, en cuanto no se dan los requisitos previstos en el artículo 152 del C.C.A, (Decreto 2304 de 1989, artículo 31) para la procedencia de la medida.

En tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

Confirmase el auto apelado que denegó la suspensión provisional del acto.

Cópiese, notifíquese, y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 15 de abril de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

INSUBSISTENCIA / RECURSOS - Improcedencia

Un recurso que es abiertamente ilegal o improcedente no puede interrumpir el término de caducidad de la acción y, por lo mismo, no puede servir como punto de partida en el tiempo el acto que así lo declara o rechaza, como lo hace el apelante, así sea este acto materia de impugnación en la demanda, como sucede en el caso de autos, para luego invocar el argumento de que se configura un acto complejo y, por ello, el fenómeno de la caducidad de la acción debe estudiarse y decidirse en la sentencia, cuestión que no tendría sentido e iría contra la economía procesal, puesto que una de las cosas que debe estudiar el juez administrativo al proveer sobre la admisión de la demanda, es si está presentada dentro del término de caducidad, como se desprende del artículo 143 del C.C.A. (modificado por el artículo 26 del decreto 2304 de 1989).

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá D.C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 7881 Apelación interlocutorias. Actor: JOSE GABRIEL MUÑOZ CORREA.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto de 6 de agosto de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "b", mediante el cual se inadmitió la demanda por caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada contra las resoluciones Nos. 3968 de 1o. de agosto de 1991 (fl. 34) y 4917 de 19 de septiembre del mismo a (fl. 33),

SECCION SEGUNDA

proferidas por el Director Ejecutivo de la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE LAS CUENCAS DE LOS RIOS BOGOTA, UBATE, Y SUAREZ "CAR".

Por la primera de las resoluciones se declaró insubsistente el nombramiento de José Gabriel Muñoz Correa como Jefe de sección -Sección de Adquisiciones - División de Servicios Administrativos -Subsección Administrativa y Financiera -. Y por la segunda de las resoluciones se rechazó por improcedente el recurso de reposición interpuesto contra la primera.

Dice el Tribunal que la resolución No. 3968 se profirió con base en el artículo 3o. del decreto 1660 de 1991, y de conformidad con el artículo 6o. del mismo estatuto, no procede recurso alguno contra tal clase de actos.

Y que para contabilizar los cuatro (4) meses de caducidad de la acción instaurada, se partirá, como lo, manda el artículo 136 del C.C.A. (modificado por el artículo 23 del decreto 2304 de 1989) "... del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso." Y habida cuenta de que la resolución 3968 se comunicó y ejecutó en la misma fecha de su expedición, o sea el 1o. de agosto de 1991, según constancia que obra a folio 35, sin que pueda tener en cuenta la reposición interpuesta no ser viable, dicho término precluyó el 1o. de diciembre de ese mismo año, y como la demanda se presentó el 17 de enero de 1992, quiere ello decir que se operó irremediamente el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción instaurada.

EL RECURSO DE APELACION:

En el escrito de sustentación de la alzada (fl. 43 a 49), manifiesta el apoderado recurrente que la providencia que resuelve sobre la admisión o rechazo de la demanda debe limitarse exclusivamente a examinar la existencia de los presupuestos procesales relativos a la formulación de la pretensión sin detenerse en ningún momento a hacer juicio alguno sobre aspectos de fondo como es el caso de la caducidad, cuando media una pretensión que sólo podrá resolverse en la sentencia, como es la que impetra la excepción de inconstitucionalidad o inaplicabilidad del decreto 1660 de 1991.

Agrega el recurrente que el Consejo de Estado en varias ocasiones ha sostenido que al entrar a proveer sobre la aceptación de la demanda el juez administrativo está en la obligación de estudiar, establecida su competencia, si la demanda reúne los requisitos de forma, además si fue introducida en tiempo, o sea, dentro de la oportunidad establecida en la ley.

Pero, que igualmente el Consejo de Estado ha manifestado que la declaratoria de caducidad de la acción sólo será procedente cuando aparezca de manera evidente e indubitadamente el fenómeno extintivo de la acción. Pero, si para arribar a la declaratoria de caducidad es preciso consideraciones de fondo, como serían las de legalidad del acto demandado que denegó un recurso, el juez no podrá hacer la declaración extintiva ya que la oportunidad para determinar y declarar sobre la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo, objeto de ataque judicial, es la sentencia de mérito y no el auto admisorio de la demanda.

Y por último, que ha dicho el Consejo de Estado que cuando se demandan actos compuestos, como son aquellos que integran la vía gubernativa, el término extintivo para demandar se cuenta a partir de la notificación, publicación o comunicación del último de tales actos, que es aquél que produce el agotamiento de la mencionada vía y no el primero de ellos. Entonces, si en la demanda se ataca no sólo el acto de que habla la parte considerativa de la providencia apelada, sino también el segundo que rechazó por improcedente el recurso de reposición, no puede el Tribunal estimar el cómputo extintivo de la acción en la forma como lo hizo sin incurrir implícitamente en el pronunciamiento de un fallo de fondo, que equivale a negar la segunda de las pretensiones de la demanda, que debe, ser objeto de estudio en la sentencia.

SE CONSIDERA:

Establece el artículo 60. del decreto 1660 de 1991, lo siguiente:

“En el acto administrativo por el cual el nominador declare la insubsistencia deberá ordenarse el pago de la indemnización respectiva conforme a lo dispuesto en el presente Decreto, para lo cual bastará con que se exprese la orden de pago; contra este acto no procederá recurso alguno. Con base en este acto administrativo, la dependencia competente elaborará el respectivo acto de liquidación.” (Subrayas de la Sala).

Sin embargo, contra, la resolución No. 3968 se interpuso reposición que fue rechazada por improcedente por la resolución No. 4917.

Ahora bien, un recurso que es abiertamente ilegal o improcedente no puede interrumpir el término de caducidad de la acción y, por lo mismo, no puede servir como punto de partida en el tiempo el acto que así lo declara o rechaza, como lo hace el apelante, así sea este acto materia de impugnación en la demanda, como sucede en el caso de autos, para luego invocar el argumento de que se configura un acto complejo y, por ello, el fenómeno de la caducidad de la acción debe estudiarse y decidirse en la sentencia, cuestión que no tendría

SECCION SEGUNDA

sentido e iría contra la economía procesal, puesto que una de las cosas que debe estudiar el juez administrativo al proveer sobre la admisión de la demanda, es si está presentada dentro del término de caducidad, como se desprende del artículo 143 del C.C.A. (modificado por el artículo 26 del decreto 2304 de 1989).

Así las cosas, la Sala, encuentra acertada la decisión del Tribunal al rechazar la demanda ante la evidencia de haber sido presentada por fuera del término de caducidad de la acción incóada y, por lo mismo, el recurso de alzada no puede tener vocación de prosperidad, en razón de lo cual se confirmará la providencia impugnada.

Por lo expuesto, **SE RESUELVE:**

- 1.- Confirmase el auto apelado de 6 de agosto de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B".
- 2.- En firme esta providencia devuélvase el asunto a dicho Tribunal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.-

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 1o. de abril de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**PERSONAL DOCENTE / PENSION DE JUBILACION / SALARIO -
Compatibilidad / EDAD DE RETIRO FORZOSO / ESCALAFON /
DOCENTE - Exclusión**

Como el disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C. seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y tres
1993).*

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 6510. Autoridades Nacionales. Actora:
ENELIA GOMEZ DE GOMEZ.

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia proferida el 14 de noviembre de 1991 por el Tribunal Administrativo del Cauca.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho y por intermedio de apoderado, la señora Enelia Gómez de Gómez formuló al Tribunal las siguientes pretensiones:

SECCION SEGUNDA

"1. Declarar la nulidad del Decreto No. 0812 de Junio 19 de 1989 por el cual se retira del servicio el Docente ENELIA GOMEZ DE GOMEZ ubicado en el Grado 8 del Escalafón Nacional Docente, vinculado a la Concentración Escolar ESCUELA RURAL MIXTA DE "SAN ISIDRO" Municipio de Popayán.

"2. Declarar que no ha existido solución de continuidad por parte del Demandante en la prestación del servicio para todos los efectos salariales, prestacionales y profesionales en el Escalafón.

"Parte Condenatoria.

"1. Además de la Anulación del Acto Administrativo anteriormente descrito, respetuosamente solicito a titulo de restablecimiento del derecho violado, el reintegro de mi mandante al cargo que venía desempeñando a uno de igual o superior categoría y el reconocimiento y pago de los salarios dejados de devengar (incluidos los ajustes anuales que hace el Gobierno Nacional por inflación), como consecuencia del despido, primas, bonificaciones, y demás adehalas a la asignación básica que se hayan causado desde el momento que se produjo la desvinculación del cargo, hasta cuando se produzca el fallo con materialización del reintegro.

"2. La liquidación de la condena deberá hacerse con ajuste de valor tomando como base el índice de precios al consumidor, certificado por el DANE para cada año. (C.C.A. art. 178).

"3. Las condenas ordenadas en la sentencia, deberán devengar intereses comerciales durante los 6 meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de ese término".

Su alegato se basó fundamentalmente en que siendo docente escalafonada y no habiendo llegado a los 65 años para retiro forzoso, además de estar en aptitud física y mental para trabajar, gozaba de inamovilidad y no podía ser retirada del servicio a través de una medida discrecional como la insubsistencia.

LA SENTENCIA CONSULTADA

El tribunal declaro probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con relación al demandado Departamento del Cauca y accedió a las suplicas de la demanda. Para hacerlo tuvo en cuenta: que aun cuando en algún tiempo el consejo de estado sostuvo que la Administración podía retirar libremente del servicio a un docente pensionado, posteriormente cambió su

doctrina desde la sentencia de marzo 15 de 1989. Que al examinar el texto de los artículos 28 y 31 del decreto 2277 de 1979 y el artículo 5o. del Decreto 224 de 1972, resulta evidente que el Estatuto Docente creó un Derecho especial para los inscritos en el escalafón. Que es compatible, el disfrute simultáneo de pensión de Jubilación y el ejercicio remunerado de la docencia y que la demandante probó pertenecer al Escalafón Docente en el momento de su desvinculación, cuando no tenía edad de retiro forzoso, ni padecía deficiencias mentales o físicas.

EL CONCEPTO FISCAL

Estima la Doctora Fiscal Quinto que la decisión consultada por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, amerita ser confirmada y que el “reintegro al cargo es procedente si no ha llegado a la edad de retiro forzoso”.

Surtido el trámite legal, sin que se observe causal de nulidad, se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos semejantes al que aquí se debate y, modificando doctrina anterior ha dicho que, como el disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la Administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro.

Fue así como en sentencia de 15 de marzo de 1989, con ponencia del Consejero Doctor Alvaro Lecompte Luna (Expediente 895-12257. Actor: Luis Bernardo Castro Garzón), la Sala dijo:

“Porque en verdad, releyendo con mas detenimiento las normas en cita (se refiere a los decretos leyes 224 de 1972 y 2277 de 1979), al observar que el ejercicio de la docencia “no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté física y mentalmente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso al cumplir 65 años de edad”, indudablemente la disposición consagra un derecho en favor de los docentes, que priva a la Administración de la facultad discrecional de desvincularlos del beneficio que la ley ha

SECCION SEGUNDA

establecido para ellos, de una manera incompleta desde la ley 12, y que ha venido consolidándose a través de leyes posteriores”.

En el presente caso, los medios de prueba obrantes en el proceso muestran que la señora Enelia Gómez de Gómez es docente inscrita en el grado 8o. del Escalafón Nacional, que tiene reconocido el derecho a su pensión de jubilación, que es persona responsable y de buena conducta, y que el día en que se le retiró del servicio por insubsistencia (es decir, el 19 de junio de 1989) no había llegado a la edad de retiro forzoso. Tampoco se ha probado que no estuviese apta mental ni físicamente para el desempeño de sus labores.

Siendo ello así, el análisis que hace el Tribunal sobre la controversia, así como su conclusión favorable a la actora, se ajustan a derecho, razón por la cual se confirmará en todas sus partes la sentencia consultada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia consultada, proferida el 14 de noviembre de 1991 por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro del proceso iniciado por Enelia Gómez de Gómez.

Adiciónase la sentencia en el sentido de ordenar que se descuente a la actora, cuanto haya recibido del erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, en el mismo período, salvo las sumas percibidas por concepto de la pensión de jubilación y los emolumentos que por expresa autorización legal puedan devengar los docentes, conjuntamente con ella.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la sala en sesión de 22 de abril de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barrero Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria

Nota de Relatoría: Se reitera la sentencia del 15 de marzo de 1989, Exp. 895-12257

**PROVIDENCIA DE CONDENA / DESCUENTO - Improcedencia /
EMPLEADO PUBLICO - Inexistencia / ANALOGA - Improcedencia
(Aclaración de Voto)**

Las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro “empleo público” y otra “asignación que provenga del Tesoro Público”, sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante. No existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica. El juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no esta prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Demandante: ENELIA GOMEZ DE GOMEZ.

Con el más profundo respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, y no obstante compartir en su esencia la providencia adoptada en este proceso, me separo de lo dispuesto en la parte resolutive en cuanto al confirmar las condenas se ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra Entidad Oficial, para lo cual se invoca el artículo 128 de la Constitución Nacional.

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la

SECCION SEGUNDA

fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro “empleo público” u otra “asignación que provenga del Tesoro Público”, sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante.

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló -de manera reiterada- algunos razonamientos de la siguiente guisa:

“Tomando apoyo en el artículo 64 de la C.N. y en la circunstancia de que el ejecutante había devengado sueldo de la Policía Nacional, la entidad demandada - excepcionó compensación, cobro de lo no debido y pago respecto de los salarios y prestaciones que el demandante hace valer coercitivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca”.

“El artículo 64 de la Constitución Nacional dispone:

“Nadie podrá recibir mas de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los Departamentos y los municipios.

“La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir mas de una asignación del Erario Público; pero esa prohibición, por ser tal, no puede aplicarse a situaciones similares, así ellas revistan la condición de ser análogas puesto que, tanto en materia civil y por ende la laboral, en ese punto de las prohibiciones rige el principio de la tipicidad; no hay prohibición sin ley que la consagre; la analogía en las penas es inadmisibles”.

“Nada impide recibir del Estado sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. Los casos de compatibilidad son numerosos. Piénsese por ejemplo, en el trabajador oficial favorecido con condena a cargo de entidad oficial obligada a pagarle indemnización moratoria conforme al artículo 1o. del Decreto 797 de 1949, cuando, al mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaria con otra entidad oficial. La compatibilidad entre la

indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza”.

La razón está en que la asignación, con su equivalente del sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo e indemnización, es decir, dos prestaciones (en sentido genérico) que tienen dos causas diferentes, no puede estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos. Pero si una erogación del Erario Público tiene su fuente en el contrato ficto de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo Erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64 no puede admitirse”.

“Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos. Porque el pago de salario dejado de percibir que ordenó la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios que el actor devengó por servicios prestados a la Policía Nacional tiene su fuente de esa relación de servicio...” (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Darío Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortes B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca). (Esta tesis se reiteró en el expediente No. 40878; ponente H. magistrado Dr. Alberto Rodríguez R.; Marzo 11/87; de igual manera, en el exped. No. 29629; Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G.; junio 5/84; en el exped. No. 35949; Ponente H. Magistrada Dra. Emilia Mesa S. octubre 15/85; y posteriormente, ha sido mantenida por la sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá.).

Dichos planteamientos son válidos enfrente de la redacción de la Nueva norma Constitucional (Art. 128).

De otro lado, es lo cierto que no existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica.

Por último, es ostensible que el juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

SECCION SEGUNDA

Por estas sintéticas consideraciones, entonces, no comparto la parte resolutive de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

**PERSONAL DOCENTE / PENSION DE JUBILACION / SALARIO-
Compatibilidad / PERSONAL DOCENTE - Estabilidad /
ESCALAFON DOCENTE - Exclusión / EDAD DE RETIRO
FORZOSO**

El disfrute de pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la Administración no puede retirarlos del servicio libremente sin excluirlos del escalafón. Cuando no se dan las mencionadas circunstancias para retiro, en el presente caso la actora es docente inscrita en el escalafón nacional, que tiene reconocido el derecho a su pensión de jubilación que es persona responsable y de buena conducta y que el día en que se le retiró del servicio por insubsistencia no había llegado a la edad de retiro forzoso. Tampoco se ha probado que no estuviese apta mental ni físicamente para el desempeño de sus labores.

**PROVIDENCIA DE CONDENA - Descuento / EMPLEO PUBLICO
- Inexistencia / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS / ANALOGIA
- Inprocedencia (ACLARACION DE VOTO)**

Las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para los cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro "empleo público" u "otra asignación que provenga, del Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante. De otro lado, no existe norma expresa

SECCION SEGUNDA

que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos en esta materia no es procedente la aplicación analógica. Es ostensible que el Juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C, seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrada Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 6809. Autoridades Nacionales. Actora: CECILIA BRAVO DE PINO.

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia proferida el 27 de febrero de 1992 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho y por intermedio de apoderado, la señora Cecilia Bravo de Pino formuló ante el Tribunal estas pretensiones:

"Primera.- Es NULO el Decreto 0785 de fecha 13 de junio de 1989 expedido por el señor Gobernador del Departamento del Cauca -Presidente de la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional del Cauca -FER-, por el cual se retira del servicio docente a la señora CECILIA BRAVO DE PINO, inscrita en el grado 8o. del Escalafón Nacional Docente, quien venía ejerciendo el cargo de Directora del Centro Popular "Bienestar del Niño" de la ciudad de Popayán, y se nombró en su reemplazo a Amnie Ipia Pardo, inscrita en el Grado 1o. del Escalafón Docente.

"Segunda: Como consecuencia de la nulidad declarada, a título de restablecimiento del derecho vulnerado, condénase al Departamento del Cauca, solidariamente con la Nación Colombiana -Ministerio de Educación Nacional, al reintegro de la señora Cecilia Bravo de Pino al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior categoría, y al pago de los sueldos, primas, bonificaciones, reajustes y demás emolumentos dejados de percibir con motivo del retiro, causados desde que fue desvinculada

del servicio, hasta el día en que sea reintegrada, en la forma prevista por el artículo 187 del Código Contencioso Administrativo.

“Tercera: Declarar que no ha existido solución de continuidad por parte de mi mandante en la prestación del servicio, para todos (sic) los efectos relacionados con prestaciones sociales y ascenso en el escalafón.

“Cuarta: La condena referente a los valores dejados de percibir, se hará con los ajustes en (sic) base al índice de precios al consumidor que en su oportunidad fije el DANE”.

Su alegato se basó fundamentalmente en que siendo docente escalafonada y no habiendo llegado a los 65 años para retiro forzoso, además de estar en aptitud física y mental para trabajar, gozaba de inamovilidad y no podía ser retirada del servicio a través de una medida discrecional como la insubsistencia.

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con relación al demandado Departamento del Cauca y accedió a las súplicas de la demanda. Para hacerlo tuvo en cuenta: que los docentes están sometidos a un régimen especial que regula sus condiciones de ingreso a la profesión docente, su ejercicio, su estabilidad, ascenso y retiro en los diversos niveles y modalidades de la educación primaria y secundaria, todo ello consignado en el Estatuto Docente o D.L. 2277 de 1979. Que el Consejo de Estado ha hecho diversos pronunciamientos sobre el particular. Que en sentencia de 15 de noviembre de 1983 dijo que la relativa estabilidad de que gozan los docentes proviene de su inscripción en el escalafón pero las garantías inherentes al escalafonamiento en una carrera solo son efectivas hasta cuando el escalafonado obtiene el derecho a pensión de jubilación. Que en providencia de 15 de marzo de 1989, al recoger la doctrina anterior, el Consejo dijo que el ejercicio de la docencia no será incompatible con el disfrute de la pensión de jubilación siempre que el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso al cumplir 65 años de edad. Que la Sala de Consulta y Servicio Civil se pronunció el 1o. de septiembre de 1989 para decir que de conformidad con el artículo 5a. del Decreto 224 de 1972, la administración no podrá retirar del servicio a los docentes menores de 65 años escalafonados y pensionados. Que en su sentir acepta “... el derecho de los docentes jubilados a permanecer en el ejercicio de sus cargos mientras no sean excluidos del escalafón, están mental y físicamente aptos para la tarea docente y no hayan alcanzado la edad de retiro forzoso”.

EL CONCEPTO FISCAL

SECCION SEGUNDA

Estima el señor Fiscal Cuarto de la Corporación que la sentencia consultada amerita confirmación y sostiene: "La preceptiva legal contenida, primordialmente, en los artículos 26, 28 y 31 del Decreto 2277 de 1979 y 5o. del Decreto 224 de 1972, permiten la compatibilidad entre sueldo y pensión, y además establecen que el docente solo puede ser retirado de sus funciones, entre otras causas, por edad de retiro forzoso, o sea, a los 65 años.

Surtido el trámite legal, sin que se observe causal de nulidad, se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos semejantes al que aquí se debate y, modificando doctrina anterior, ha dicho que, Como el disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la Administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el, retiro.

Fue así como en sentencia de 15 de marzo de 1989, con ponencia del Consejero Doctor Alvaro Lecompte Luna (Expediente 895-12257. Actor: Luis Bernardo Castro Garzón), la Sala dijo:

"Porque en verdad, releyendo con más detenimiento las normas en cita (se refiere a los decretos leyes 224 de 1972 y 2277 de 1979), al observar que el ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario este mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir 65 años de edad", indudablemente la disposición **consagra un derecho** en favor de los docentes, que priva a la Administración de la facultad discrecional de desvincularlos del beneficio que la ley ha establecido para ellos, de una manera incompleta desde la ley 12, y que ha venido consolidándose a través de leyes posteriores".

En el presente caso, los medios de prueba, obrantes en el proceso muestran que la señora Cecilia Bravo de Pino es docente inscrita en el Grado 8o. del Escalafón Nacional, que tiene reconocido el derecho a su pensión de jubilación, que es persona responsable y de buena conducta, y que el día en que se le retiró del servicio por insubsistencia, (es decir, el 13 de junio de 1989) no había llegado a la edad de retiro forzoso. Tampoco se ha probado que no estuviese

apta mental ni físicamente para el desempeño de sus labores.

Siendo ello así, el análisis que hace el Tribunal sobre la controversia, así como su conclusión favorable a la actora, se ajustan a derecho, razón por la cual se confirmará en todas sus partes la sentencia consultada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección- Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia consultada, proferida el 27 de febrero de 1992 por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro del proceso iniciado por Cecilia Bravo de Pino.

Adiciónase la sentencia en el sentido de ordenar que se descuente a la actora, cuanto haya recibido del erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, en el mismo período, salvo las sumas percibidas por concepto de la pensión de jubilación y los emolumentos que por expresa autorización legal puedan devengar los docentes, conjuntamente con ella.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 22 de abril de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria .

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR CARLOS

**ARTURO ORJUELA GONGORA A LA SENTENCIA DEL 6 DE
MAYO DE 1993 DICTADA EN EL PROCESO NO. 6809
AUTORIDADES NACIONALES -**

Demandante: CECILIA BRAVO DE PINO

Con el más profundo respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, y no obstante compartir en su esencia la providencia adoptada en este proceso, me separo de lo dispuesto en la parte resolutive en cuanto al confirmar las condenas se ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra Entidad Oficial, para lo cual se invoca el artículo 128 de la Constitución Nacional.

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro "empleo público" u otra "asignación que provenga del Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante.

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló -de manera reiterada- algunos razonamientos de la siguiente guisa:

"Tomando apoyo en el artículo 64 de la C.N. y en la circunstancia de que el ejecutante había devengado sueldo de la Policía Nacional, la entidad demandada excepcionó compensación, cobro de lo no debido y pago

respecto de los salarios y prestaciones que el de mandante hace valer coercitivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca”.

“El artículo 64 de la Constitución Nacional dispone:

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 lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los departamentos y los municipios.

La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir más de una asignación del Erario Público; pero esa prohibición, por ser tal, no puede aplicarse a situaciones similares, así ellas revistan la condición de ser análogas puesto que, tanto en materia civil y por ende la laboral, en ese punto de las prohibiciones rige el principio de la tipicidad; no hay prohibición sin ley que la consagre; la analogía en las penas es inadmisibles”.

“Nada impide recibir del Estado sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. Los casos de compatibilidad son numerosos. Piénsese, por ejemplo, en el trabajador oficial favorecido con condena a cargo de entidad oficial obligada a pagarle indemnización moratoria conforme al artículo 1o. del Decreto 797 de 1949, cuando, al mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaria con otra entidad oficial. La compatibilidad entre la indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza”.

La razón está en que la asignación, con su equivalente del sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo e indemnización, es decir, dos prestaciones (en sentido genérico) que tienen dos causas diferentes, no puede estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos. Pero si una erogación del Erario Público tiene su fuente en el contrato ficto de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo Erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64 no puede admitirse”.

“Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos. Porque el pago de

SECCION SEGUNDA

salario dejado de percibir que ordenó la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios que el actor devengó por servicios prestados a la Policía Nacional tiene su fuente de esa relación de servicio... ” (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado - Dr. Darío Sánchez Herrera en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca). (Esta tesis se reiteró en el expediente No. 40.878; Ponente H. Magistrado Dr. Alberto Rodríguez R.; Marzo 11/87; de igual manera, en el Exped. No. 29629; Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G.; junio 5/84; en el Expd. No. 35949; Ponente: H. Magistrada Dra. Emilia Mesa S.; octubre 15/85- y posteriormente, ha sido mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá.).

Dichos planteamientos son válidos enfrente de la redacción de la Nueva norma Constitucional (Art. 128).

De otro lado, es lo cierto que no existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica.

Por último, es ostensible que el juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Por estas sintéticas consideraciones, entonces, no comparto la parte resolutive de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

**PENSION DE JUBILACION / SALARIO - Compatibilidad /
PERSONAL DOCENTE /**

Como el disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando están física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la Administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de mil novecientos noveta y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 6811. Autoridades Nacionales. Actora:
FLOR DE MARIA CERON DE HURTADO.

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia proferida el 27 de febrero de 1992 por el Tribunal Administrativo del Cauca.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho y por intermedio de apoderado, la señora Flor de María Cerón de Hurtado formuló ante el Tribunal estas pretensiones:

SECCION SEGUNDA

“1o. Declarar la nulidad del acto administrativo proferido por el señor Gobernador del Departamento del Cauca, concretado en el Decreto #0683 de 23 de mayo de 1989.

2o. Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad disponer el reintegro de la señora Flor de María Cerón de Hurtado, al cargo de seccional de la Escuela de niñas Hogar Madre de Dios, o a uno de superior categoría en este municipio y reconocimiento y pago de los salarios, primas y demás prestaciones económicas incluyendo los ajustes anuales que hace el Gobierno, desde el momento de su desvinculación hasta el día de su reintegro.

3o. La liquidación de la condena se hará con ajuste de valor, tomando como base el índice de precios al consumidor, certificado por el Dane para cada año.

4o. Para todos los efectos legales a que haya lugar, se considera que no existe solución de continuidad.”

Su alegato se basó fundamentalmente en que siendo docente escalafonada y no habiendo llegado a los 65 años para retiro forzoso, además de estar en aptitud física y mental para trabajar, gozaba de inamovilidad y no podía ser retirada del servicio a través de una medida discrecional como la insubsistencia.

LA SENTENCIA CONSULTADA:

El Tribunal declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con relación al demandado Departamento del Cauca y accedió a las súplicas de la demanda. Para hacerlo tuvo en cuenta: que los docentes están sometidos a un régimen especial que regula sus condiciones de ingreso a la profesión docente, su ejercicio, su estabilidad, ascenso y retiro en los diversos niveles y modalidades de la educación primaria y secundaria, todo ello consignado en el Estatuto Docente o D.L. 2277 de 1979. Que el Consejo de Estado ha hecho diversos pronunciamientos sobre el particular. Que en sentencia de 15 de noviembre de 1983 dijo que la relativa estabilidad de que gozan los docentes proviene de su inscripción en el escalafón pero las garantías inherentes al escalafonamiento en una carrera solo son efectivas hasta cuando el escalafonado obtiene el derecho a pensión de jubilación. Que en providencia de 15 de marzo de 1989, al recoger la doctrina anterior, el Consejo dijo que el ejercicio de la docencia no será incompatible con el disfrute de la pensión de jubilación siempre que el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso al cumplir 65 años de edad. Que la Sala de Consulta y, Servicio Civil se pronunció el 1o. de septiembre de 1989

para decir que de conformidad con el artículo 5o. del Decreto 224 de 1972, la administración no podrá retirar del servicio a los docentes menores de 65 años escalafonados y pensionados. Que en su sentir acepta "... el derecho de los docentes jubiladas a permanecer en el ejercicio de sus cargos mientras no sean excluidos del escalafón, estén mental y físicamente aptos para la tarea docente y no hayan alcanzado la edad de retiro forzoso."

EL CONCEPTO FISCAL

Estima la doctora Fiscal Quinto que la decisión consultada por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, amerita ser confirmada y que el "reintegro al cargo es procedente si no se ha llegado a la edad de retiro forzoso."

Surtido el trámite legal, sin que se observe causal de nulidad, se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos semejantes al que aquí se debate y, modificando doctrina anterior, ha dicho que, como el disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la Administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro.

Fue así como en sentencia de 15 de marzo de 1989, con ponencia del Consejero Doctor Alvaro Lecompte Luna (Expediente 895-12257. Actor: Luis Bernardo Castro Garzón), la Sala dijo:

"Porque en verdad, releyendo con más detenimiento las normas en cita (se refiere a los decretos leyes 224 de 1972 y 2277 de 1979), al observar que el ejercicio de la docencia "no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario este mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir 65 años de edad", indudablemente la disposición **consagra un derecho** en favor de los docentes, que priva a la Administración de la facultad discrecional de desvincularlos del beneficio que la ley ha establecido para ellos, de una manera incompleta desde la ley 12, y que ha venido consolidándose a través de leyes posteriores".

SECCION SEGUNDA

En el presente caso, los medios de prueba obrantes en el proceso muestran que la señora Flor de María Cerón de Hurtado es docente inscrita en el Grado 8o. del Escalafón Nacional, que tiene reconocido el derecho a su pensión de jubilación, que es persona responsable y de buena conducta, y que el día en que se le retiró del servicio por insubsistencia (es decir, el 23 de mayo de 1989) no había llegado a la edad de retiro forzoso. Tampoco se ha probado que no estuviese apta mental ni físicamente para el desempeño de sus labores.

Siendo ello así, el análisis que hace el Tribunal sobre la controversia, así como su conclusión favorable a la actora, se ajustan a derecho, razón por la cual se confirmará en todas sus partes la sentencia consultada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia consultada, proferida el 27 de febrero de 1992 por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro del proceso iniciado por Flor de María Cerón de Hurtado.

Adiciónase la sentencia en el sentido de ordenar que se descuente a la actora, cuanto haya recibido del erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, en el mismo período, salvo las sumas percibidas por concepto de la pensión de jubilación y los emolumentos que por expresa autorización legal puedan devengar los docentes, conjuntamente con ella.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 22 de abril de 1993.-

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Ruíz, Alvaro Lécompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

PROVIDENCIA DE CONDENA / DESCUENTO - Improcedencia / EMPLEO PUBLICO - Inexistencia / ANALOGÍA (Aclaración de Voto)

Las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro “empleo público” u otra “asignación que pro venga del Tesoro Público”, sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante. No existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica. El juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Con el más profundo respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, y no obstante compartir en su esencia la providencia adoptada en este proceso, me separo de lo dispuesto en la parte resolutive en cuanto al confirmar las condenas se ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra Entidad Oficial, para lo cual se invoca el artículo 128 de la Constitución Nacional.

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro “empleo

SECCION SEGUNDA

público” u otra “asignación que provenga del Tesoro Público”, sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante.

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló -de manera reiterada- algunos razonamientos de la siguiente guisa:

“Tomando apoyo en el artículo 64 de la C.N. y en la circunstancia de que el ejecutante habla devengado sueldo de la Policía Nacional, la entidad demandada excepcionó compensación, cobro de lo no debido y pago respecto de los salarios y prestaciones que el demandante hace valer coercitivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca”.

“El artículo 64 de la Constitución Nacional dispone:

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 lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los departamentos y los municipios.

“La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir más de una asignación del Erario Público; pero esa prohibición, por ser tal, no puede aplicarse a situaciones similares, así ellas revistan la condición de ser análogas puesto que, tanto en materia civil y por ende la laboral, en ese punto de las prohibiciones rige el principio de la tipicidad; no hay prohibición sin ley que la consagre; la analogía en las penas es inadmisibles”.

“Nada impide recibir del Estado sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. Los casos de compatibilidad son numerosos. Piénsese, por ejemplo, en el trabajador oficial favorecido con condena a cargo de entidad oficial obligada a pagarle indemnización moratoria conforme al artículo 1o del Decreto 797 de 1949, cuando, al mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaria con otra entidad oficial. La compatibilidad entre la indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza”.

La razón está en que la asignación, con su equivalente del sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo e indemnización, es decir, e indemnización, es decir, dos prestaciones (en sentido genérico) que tienen dos causas diferentes, no puede estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos. Pero si una erogación del Erario Público tiene su fuente en el contrato ficto de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo Erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64 no puede admitirse”.

“Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos. Porque el pago de salario dejado de percibir que ordeno la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios que el actor devengó por servicios prestados a la Policía Nacional tiene su fuente de esa relación de servicio...” (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Darío Sánchez Herrera en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca). (Esta tesis se reiteró en el expediente N-40.878; Ponente H. Magistrado Dr. Alberto Rodríguez R.; Marzo 11/87; de igual manera, en el Exped. N° 29629; Ponente : H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G.; junio 5184; en el Expd. N° 35949 ; Ponente : H. Magistrada Dra. Emilia Mesa S.; octubre 15/85; y posteriormente, ha sido mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá.).

Dichos planteamientos son válidos enfrente de la redacción de la Nueva norma Constitucional (Art. 128).

De otro lado, es lo cierto que no existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica.

Por último, es ostensible que el juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Por estas sintéticas consideraciones, entonces, no comparto la parte resolutive de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

SECCION SEGUNDA

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo diez (10) de mil novecientos noventa y tres (1993).

RENUNCIA FORZADA - Inexistencia

La Administración no sólo, no exigió renuncia al accionante, sino que el Director General de la entidad, estuvo dispuesto a trasladar al demandante de Sincelejo a Pasto como lo había pedido éste, pero ello se frustró por la información, cierta o no, que recibió sobre la conducta del empleado. Igualmente se observa que al accionante se le concedió una licencia por quince (15) días entre el 7 y el 21 de marzo de, 1983, y que tal beneficio se prorrogó por los días 22, 23, 24 y 25 del mismo año, lo que indica que no había animosidad alguna de los superiores contra el subalterno. Lo razonado permite a la Sala inferir que el vicio atribuido al acto acusado no se acreditó, por lo cual no se desvirtuó la presunción de legalidad que lo ampara.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Consejera Ponente: Dra. Dolly Pedraza de Arenas.

Referencia: Expediente No-436 (12.580) Autoridades Nacionales.
Actor: EFRAIN MALAVER PATIÑO.

Ordenada la reconstrucción del proceso de la referencia, de acuerdo, con los preceptos del decreto extraordinario 3825 de 1985 mediante auto de 4 de noviembre de 1986 (folio 61 c.p.), corresponde a la Sala entrar a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre de fecha 23 de Julio del primer año mencionado, que denegó las súplicas de la demanda, consignadas en las siguientes peticiones:

SECCION SEGUNDA

1.- Es nula la resolución No. 0083 del 11 de enero de 1984 expedida por el Señor Director General del Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras "HIMAT, por medio del cual se aceptó la presunta renuncia que del cargo de JEFE DE SECCION -CODIGO 2075 GRADO 08, se afirma haber presentado el señor EFRAIN MALAVER PATIÑO.

2.- A título de restablecimiento del derecho lesionado condénase al mencionado Instituto a reintegrar al señor EFRAIN MALAVER PATIÑO al cargo del cual fue despedido y a pagarle los salarios, prestaciones e indemnizaciones que deje de devengar mientras permanezca separado del servicio y declárase que, para todos los efectos legales, no ha existido solución de continuidad en la prestación de servicios, durante el expresado lapso.

ANTECEDENTES:

En síntesis, los hechos de la demanda narran que el actor se vinculó al Himat en Bogotá, como profesional universitario 3020-06 y posteriormente, de común acuerdo con la entidad fue trasladado a Pasto (Nariño), a los pocos meses y sin contar con su voluntad fue trasladado a la ciudad de Cúcuta, desempeñando el mismo cargo, pero causándole un perjuicio de carácter económico, además de impedir la actividad del sindicato de dicha regional, de la cual era presidente.

A los pocos meses fue trasladado de Cúcuta a Sincelejo, sin que existieran razones de buen servicio, por cuanto su cargo quedó vacante por varios meses. Durante este tiempo el demandante solicitó, en repetidas oportunidades, su traslado a la ciudad de Pasto, la cual fue negada sistemáticamente por el Director General. El 3 de octubre de 1983, se le inició un proceso disciplinario, el cual resultó infundado.

Un hecho más sobre la persecución laboral de que era objeto el actor, lo constituye la negativa de concederle una licencia solicitada por 20 días, sin apoyo en fundamento legal alguno.

Las circunstancias reseñadas anteriormente, aunadas a su estado de salud, lo obligaron, el 13 de diciembre de 1983, a presentar renuncia del cargo, que inicialmente no le fue aceptada. Ante la insistencia del señor Malaver Patiño, finalmente el Himat por medio de la resolución No. 00083 de 11 de enero de 1984, le aceptó la renuncia.

Esta decisión administrativa fue expedida con violación de normas de superior jerarquía, en forma irregular y con desviación de las atribuciones propias del funcionario que la dictó, según se afirma en la demanda.

LA SENTENCIA APELADA:

Para el Tribunal Administrativo de Sucre, los cargos de violación que expone la demanda contra el acto acusado, no se configuran. Después de analizar los hechos, argumentaciones y pruebas surtidas ante la jurisdicción, sopesado el valor probatorio de estas últimas, consideró que no se daban los presupuestos idóneos para lograr demostrar que la renuncia, repetidamente presentada por el actor, hubiera sido el resultado de presiones, maniobras o actividades dolosas, cumplidas en su contra por directivos del HIMAT.

Aunque de las pruebas aportadas se vislumbran discrepancias del empleado con algunos de sus superiores y algunas dificultades y presiones que le causaron perjuicios, incluso de carácter económico, éstas no se consideran lo suficientemente graves, como para inducirlo a presentar renuncia. Por el contrario, la renuncia se aceptó por cuanto el actor insistió en ella, en vista de que no lo trasladaban a la ciudad de Pasto, donde tenía su familia, razón de conveniencia eminentemente personal, sin que de ello pueda surgir una irregularidad en la actuación de la administración, cuando se le aceptó. Denegó así las súplicas de la demanda.

SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION:

La apelación contra la anterior decisión se fundamenta en que en el expediente se encuentran acreditados todos los hechos de la demanda, respaldados por las declaraciones rendidas por Socorro Rodríguez, Luis Daniel Lasso, Sady Colón, con los que se demuestra los justificados motivos que tenía el actor para presentar renuncia obligada de su cargo.

La renuncia se presentó, pero originada en las diferentes circunstancias que presionaron indebidamente al demandante a llegar a esta solución, ante la indiferencia de las Directivas del HIMAT, que en ningún momento trataron de solucionar los numerosos problemas del actor, mostrando, por el contrario, una actitud arrogante e inflexible.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

Para el Fiscal Cuarto de la Corporación, la finalidad que tuvo la Administración de efectuar los diferentes traslados al demandante, fue aprovechar sus conocimientos técnicos, científicos y administrativos, en el sitio donde fueren necesarios, no existiendo un compromiso por parte del Himat de mantenerlo en un solo lugar. Por el contrario, dichos traslados implicaron una mejora en su situación laboral.

SECCION SEGUNDA

La negativa de las directivas de la entidad a trasladarlo a Pasto, como él lo solicitaba, así como a concederle una licencia, obedecieron a razones del buen servicio. La iniciación de un proceso disciplinario en su contra, no tiene relación con presiones por parte de la entidad, que lo obligaran a presentar su renuncia. Por el contrario, hay constancia de que la presentó voluntariamente y repetidas veces, hasta que logró le fuera aceptada por el HIMAT.

Al no encontrarse demostrada la alegada presión o provocación ejercida por la entidad demandada para que el actor presentara su renuncia, la sentencia que negó las súplicas de la demanda, debe ser confirmada.

Surtido el trámite de ley y recibidos los testimonios ordenados por auto de 6 de abril de 1989 que fueron oportunamente solicitados y practicados en la primera instancia, pero destruidos con el expediente en los hechos del Palacio de Justicia, sin que pudieran ser allegados durante la reconstrucción y no observándose causal de invalidación de lo actuado,

SE CONSIDERA:

Insiste el recurrente en que la renuncia que presentó el accionante y que fue aceptada por la entidad demandada mediante el acto acusado, no fue una decisión libre y espontánea como lo quiere el artículo 111 del Decreto 1950 de 1973.

Sin embargo, de los aspectos fácticos se desprende que ello no es así; el accionante fue inicialmente trasladado con su consentimiento, de Bogotá a Pasto; de allí pasó a la ciudad, de Cúcuta, siendo ascendido de Profesional Universitario a Profesional Especializado; y de Cúcuta se trasladó a Sincelejo, igualmente promovido de Profesional Especializado a Jefe de Sección, cargo que se encontraba desempeñando al momento de su retiro. (Hoja de Vida)

Es cierto que los testigos Jesús A. Bonilla García y Carmen del Socorro Carrillo de Rodríguez, declaran que el paso del accionante de Pasto a Cúcuta, obedeció a sus actividades sindicales y a las denuncias que él elevó contra el Director Regional del Himat, movimiento que calificaron de "sorpresivo" (fls. 132-134); pero esta novedad se verificó por Resolución 00846 de 19 de abril de 1982, un año y (8) ocho meses antes de que el accionante presentara su renuncia (13 de diciembre de 1983), luego no puede deducirse una relación causal directa entre aquella y su determinación.

Por lo demás, consta en el expediente que inicialmente en diciembre 13 de 1983 el accionante dirigió un escrito al Director General del Himat en el que relataba todas las incidencias que lo llevaron a tomar esa determinación, (fls 78-

79), dimisión que no fue aceptada por el nominador porque no se ajustaba a lo previsto en el artículo 111 del Decreto 1950 de 1.973 (fl. 80); en enero 5 de 1984, insistió en la renuncia anunciando que lo hacía de acuerdo con lo previsto en los artículos 110 y 111 del Decreto 1950 de 1973, (fl. 81); y finalmente, en comunicación de enero 11 de 1984 dirigida al Director Regional No. 5 del Himat, consignó que “Con base en los hechos enunciados y teniendo en cuenta que en la fecha se cumplen treinta (30) días de haber sido presentada mi renuncia, le comunico que me acojo a las disposiciones contempladas en el artículo 113 del Decreto 1959 de 1973 y decido separarme del cargo”, (fl.82). Adicionalmente, en febrero 1o. de 1983 ya el accionante había renunciado a su cargo de Jefe de Sección de Hidrometeorología con sede en Sincelejo. Todo lo anterior indica que la decisión del actor de retirarse del servicio la había tomado desde tiempo atrás y era irrevocable. La Administración por tanto no tenía otra alternativa que aceptar la dimisión.

El hecho de que tuviera motivos de orden personal, familiares y emocionales para presentar renuncia del empleo que ejercía, no puede determinar que la dimisión adoleciera de un vicio de la voluntad, y menos que fueran los superiores los que hubieren ejercido coacción para que el subalterno procediera de tal forma.

El testigo Luis Daniel Lasso Espinosa, representante de los empleados en la comisión de personal de la entidad y quien gestionó ante el Director General del Himat el regreso del accionante a Pasto, expresa que el nuevo Director prometió estudiar el caso, pero que finalmente negó el traslado que inicialmente había estado dispuesto a efectuar, debido a informes negativos sobre la conducta del demandante. Que esta situación desequilibró emocionalmente al accionante, con quien tenía continua comunicación telefónica y escrita y que ante esta situación, le aconsejó que renunciara, puesto que continuar en el cargo le podía acarrear mayores problemas emocionales. (fls. 149-153)

De manera que la Administración no sólo, no exigió renuncia al accionante, sino que el Director General de la entidad, estuvo dispuesto a trasladar al demandante de Sincelejo a Pasto como lo había pedido éste, pero ello se frustró por la información, cierta o no, que recibió sobre la conducta del empleado. Igualmente se observa que al accionante se le concedió una licencia por quince (15) días entre el 7 y el 21 de marzo de, 1983, y que tal beneficio se prorrogó por los días 22, 23, 24 y 25 del mismo año, lo que indica que no había animosidad alguna de los superiores contra el subalterno.

Lo razonado permite a la Sala inferir que el vicio atribuido al acto acusado no se acreditó, por lo cual no se desvirtuó la presunción de legalidad que lo ampara.

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 veintitrés (23) de Julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) pronunciada por el Tribunal Administrativo de Sucre, en el proceso promovido por Efraín Malaver Patiño contra el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras "Himat".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia se considero y aprobó en la Sala de sesión de seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, (salva voto); Joaquín Barreto Rufz, , Alvaro Lecompte Luna, (salva voto); Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

RENUNCIA (Salvamento de Voto)

Como lo define el artículo 27 del decreto 2400 de 1968, todo empleo de voluntaria aceptación es renunciable, esta última determinación debe tomarse LIBREMENTE por el dimitente, a fin de que la renuncia misma pueda entenderse como REGULARMENTE aceptada (art. 112, decreto reglamentario 1950 de 1973). Se requiere entonces el presupuesto de la autodeterminación no condicionada en la presentación de la renuncia, que de su texto mismo no se infiera hecho alguno que dé a entender coacción alguna a dicha libertad, para que el acto administrativo que consigne la voluntad de aceptarla, no se halle viciado de nulidad.

RENUNCIA FORZADA / TRASLADO (Salvamento de Voto)

El art. 30 del decreto 1950 de 1950 permite el traslado de empleados siempre que ello no traiga consigo una desmejora en sus condiciones laborales, sin desconocer que eventualmente pueda verse afectado desde el punto de vista familiar y personal, pero siempre consultando las necesidades del servicio. Pero esto, el simple hecho de los traslados, de suyo no configuran pensiones. Sin embargo, en el caso de autos, los antecedentes que dieron lugar a los mismos vinculación con el Sindicato, el corto lapso de dos traslados sucesivos, la no provisión del reemplazo en Pasto y, principalmente, que en ningún momento la Administración haya demostrado la necesidad del servicio-, llevaron al suscrito a concluir que en el presente caso no se dió la causal necesaria para que ello tuviese lugar.

SECCION SEGUNDA

Salvamento de Voto

DEL MAGISTRADO ALVARO LECOMPTE LUNA EN SENTENCIA ESTUDIADA Y APROBADA POR LA SALA EN SESION DE SEIS (6) DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES (1993) Y CALENDADA A DIECIOCHO (18) DE LOS MISMOS MES Y AÑO. EXPEDIENTE No. 436 - (12.580) - AUTORIDADES NACIONALES - Actor: EFRAIN MALAVER PATIÑO.

Cordial y respetuosamente, el suscrito se aparta del criterio de la distinguida mayoría de la Sala, tomando como base de su salvamento de voto la ponencia que llevara a su consideración y que fuera negada; en la cual se dijo, entre otras cosas, lo siguiente:

Corresponde analizar si la renuncia que repetidamente presentó el señor Efraín Malaver Patiño y aceptada por el HIMAT mediante el acto acusado, se originó en su libre y espontánea voluntad de retirarse del servicio, como lo exige la ley, o si, por el contrario, se logró demostrar a través de los medios de convicción arrojados al proceso, que ella fue el resultado de presiones ejercidas haciéndose uso para esto de una serie de acontecimientos y situaciones que lo llevaron a renunciar por obra de esas circunstancias conjugadas.

Porque si bien como lo define el artículo 27 del decreto 2400 de 1968, todo empleo de voluntaria aceptación es renunciable, esta última determinación debe tomarse LIBREMENTE por el dimitente, a fin de que la renuncia misma pueda entenderse como REGULARMENTE aceptada (art. 112, decreto reglamentario 1950 de 1973). Se requiere entonces el presupuesto de la autodeterminación no condicionada en la presentación de la renuncia, que de su texto mismo no se infiera hecho alguno que dé a entender coacción alguna a dicha libertad, para que el acto administrativo que consigne la voluntad de aceptarla, no se halle viciado de nulidad.

De las mismas aseveraciones que hace el Tribunal de primera instancia para denegar las súplicas de la demanda, se puede deducir lo contrario: "...ciertamente se vislumbra en el acerbo probatorio distintas discrepancias del empleado con algunos de sus superiores y que, además, debió soportar algunas dificultades o tensas situaciones que le provocaron trastornos económicos y de variada índole...". y más adelante, "de las pruebas aportadas al voluminoso proceso es cierto -se recalca- que afloran 'serias dificultades' que debió atravesar Malaver Patiño durante el tiempo que estuvo ejerciendo el empleo en el HIMAT..." . surgió para el suscrito la necesidad de estudiar en su integridad los presupuestos fácticos y los elementos de juicio aportados al proceso, para lograr

una inteligencia libre de toda duda, sobre la legalidad del acto que aceptó la renuncia.

Inicialmente y en relación con los diferentes traslados de que fue objeto el demandante durante su vinculación con la entidad, se observa que sólo el primero de ellos -de Bogotá a Pasto- fue consultado y aceptado con beneplácito de éste. Se halla demostrado también que en esta última ciudad se unió a la actividad sindical, llegando a ser presidente, y que, durante su permanencia como tal, tuvo serios enfrentamientos con el Director Regional del HIMAT, cuando cuestionó su función administrativa. Los subsiguientes traslados fueron sorpresivos, presentándose de una ciudad a otra en muy corto tiempo y sin que la entidad aquí demandada haya demostrado en ninguna de las etapas del proceso, la búsqueda del buen servicio que justificara dichos cambios. Y aunque es incuestionable que el podía disponer del profesional a su servicio para que ejecutase sus tareas en el sitio donde lo considerara más conveniente, no debe pasarse inadvertido en el Juzgamiento las especiales condiciones geográficas de la ciudad de Pasto, frente a aquellas adonde fue trasladado el experto en meteorología Cúcuta y Sincelejo- sin que hubiera sido reemplazado en la primera de las ciudades nombradas.

En cuanto a la prueba testimonial, medio válido ante la necesidad de probar una serie de hechos circunstanciales y antecedentes fácticos que pudieron llevar al actor a presentar su renuncia, no como un acto de su libre voluntad sino presionado por los hechos, debe ser calificada de acuerdo a la sana crítica, atendiendo que su trámite se cumplieron los requisitos de forma indispensable para hacerla eficaz. Debió, opina el suscrito, establecerse si los testimonios recepcionados brindan certeza sobre los aspectos subjetivos y objetivos que se pretendieron demostrar en el caso *sub-lite*.

Ante el Tribunal Administrativo de Nariño rindieron testimonio FRANCO CHAVEZ BOBADILLA, JESUS BONILLA y SOCORRO DE RODRIGUEZ. El primero de los deponentes no arroja claridad alguna sobre los hechos a demostrar, pues afirma no tener conocimiento directo ni indirecto de los hechos relacionados con el traslado de Malaver a Cúcuta, ni sobre el proceso disciplinario que se le siguió, ni sobre la licencia que no se le concedió. Por el contrario, JESUS BONILLA y SOCORRO DE RODRIGUEZ coinciden en deponer sobre el traslado sorpresivo de Pasto a Cúcuta, la vinculación del señor MALAVER a las actividades sindicales, formando parte de ellas las denuncias contra el Director Regional, relacionando esto con el traslado de la ciudad de Pasto. Sobre los hechos ocurridos con posterioridad a su traslado, sólo afirman conocer las infructuosas diligencias que adelantó el accionante para lograr nuevamente su traslado a Pasto, por conveniencias de carácter

SECCION SEGUNDA

familiar y por cuanto durante varios años no fue reemplazado en su cargo de Ingeniero meteorológico.

En cuanto a los testimonios rendidos por SANDY COLON QUIROZ y LUIS DANIEL LASSO, se observa que coinciden en afirmar que siendo el señor Malaver presidente del sindicato del Himat en Nariño, presentó a la Administración Central una serie de denuncias contra el Director de la Regional 10, las cuales no fueron atendidas por ser dicho funcionario y el entonces Director General cuñados entre sí. Afirman que para todos fue evidente que el traslado de Pasto a Cúcuta no obedeció a la prestación de un buen servicio, sino que podía entenderse que se trataba de una represalia contra un funcionario que se consideraba "incómodo". Los dos testigos narran extensamente diferentes hechos que fueron sucediendo, la acción disciplinaria que se le siguió, la negativa de una licencia, etcétera.

El suscrito comprende que el tema relacionado con una renuncia presentada presuntamente con libertad por su autor, pero que éste en la demanda afirma que no lo fue, implica una tarea difícil para el Juez, quien deberá reunir todos los elementos probatorios a su alcance para que, efectuado el análisis de todos ellos en su conjunto, pueda llegar a una convicción sobre las cabales y verdaderas motivaciones que tuvo el accionante para presentar su dimisión. Todos los diferentes elementos han de unirse, han de concatenarse, han de mirarse sus aspectos afines y coyunturales, para que, dentro de la objetividad y la abstracción, pueda llegarse a establecer aquellas realidades que han de conducirlo a sentenciar en uno u otro sentido. Es este conjunto el que ha de llevar al Juez a un convencimiento en torno a una conducta volitiva humana, a un acontecimiento, a un acto voluntario o involuntario, a hechos o situaciones de diversa índole. El Juez, en este campo, no está sujeto a una tarifa legal de pruebas sino que e formar libremente su convencimiento, consultando las circunstancias de cada caso y la conducta procesal observada por las partes. Excepto, obviamente, cuando la ley exija una formalidad especial para admitir un medio de prueba.

Debido a lo dicho, el suscrito llegó, en el presente caso, a reconocer que cada uno de los hechos alegados en la demanda, si bien aisladamente considerados no llevarían a la convicción de "Presiones y coacción" que culminaran finalmente a que el señor Malaver presentó su renuncia debido a ellas, si todas ellas se analizaran bajo la perspectiva de "conjunto", necesariamente demuestran en su opinión, que la presentación de aquélla no fue un acto libre y espontáneo.

Sabido es que el art. 30 del decreto 1950 de 1973 permite el traslado de empleados siempre que ello no traiga consigo una desmejora en sus condiciones

laborales, sin desconocer que eventualmente pueda verse afectado desde el punto de vista familiar y personal, pero siempre consultando las necesidades del servicio. Pero esto, el simple hecho de los traslados, de suyo no configuran presiones. Sin embargo, en el caso de autos, los antecedentes que dieron lugar a los mismos vinculación con el Sindicato, el corto lapso de dos traslados sucesivos, la no provisión del reemplazo en Pasto y, principalmente, que en ningún momento la Administración haya demostrado la necesidad del servicio-, llevaron al suscrito a concluir que en el presente caso no se dio la causal necesaria para que ello tuviese lugar. Es más: los diversos testimonios que se han visto, confluyen a demostrar una serie de sucesos ocurridos durante la época de servicios al señor Malaver al HIMAT, que prueban, por lo menos lo calibra así el suscrito magistrado, las circunstancias desventajosas en que éste se hallaba frente a sus superiores, cuando sus diversas peticiones -especialmente la concesión de una licencia- no le eran atendidas. Para el suscrito no hay duda que todo esto llevó a Malaver a renunciar. Las motivaciones expuestas en su renuncia presentada en Sincelejo el 3 de diciembre de 1983 son muy claras; los argumentos que expone el renunciante son ratificados posteriormente en el proceso. Sólo que el texto de la anterior renuncia hubo de ser modificado, a petición del HIMAT, para que se acomodara a los lineamientos del art. 111 del decreto 1950 de 1983, es decir, para hacerla aparecer como "libre y voluntaria", distorsionando así el motivo que llevó a Malaver a renunciar.

Pero además, en ninguna oportunidad la entidad demandada negó los diferentes elementos que conforman los antecedentes administrativos que el actor presenta a su favor, ni cuestionó la credibilidad y contenido de los testimonios rendidos, sin que las preguntas por ella efectuadas, a través de su representante, a los testigos durante la diligencia, puedan entenderse como encaminadas a desvirtuar las argumentaciones de la demanda.

Debido a eso, el análisis concatenado de todos los presupuestos fácticos, es decir, los traslados, la ausencia de reemplazo en los cargos de los que era sustraído, su actividad sindicalista y las confrontaciones que tuvo con el director regional de Pasto, las peticiones que no eran atendidas, aunados a la manifestación misma del actor en su primera renuncia y probados por los testimonios rendidos en la instancia, llevó al suscrito a la convicción de que la renuncia en cuestión no fue "libre y voluntaria" como lo exige la ley, sino el resultado de los diferentes hechos que se han expuesto.

De allí, por tanto, que en su ponencia -que fue negada-; el suscrito propusiese que se revocarse la sentencia de 23 de julio de 1985 del Tribunal Administrativo de Sucre, objeto de apelación, y que, en su lugar, se accediese a

SECCION SEGUNDA

las peticiones de libelista.

Queda, de la anterior manera, explicada la discrepancia del suscrito.

Atentamente,

Alvaro Lecompte Luna

Fecha: *ut supra*

SALVAMENTO DE VOTO

**DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA A LA SENTENCIA PROFERIDA EL 18 DE MAYO DE 1993 EN EL JUICIO No. 436 - (12580).- AUTORIDADES NACIONALES.-
Actor: EFRAÍN MALAVER PATIÑO.-**

Santa Fe de Bogotá D.C., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Habida cuenta de que compartí la ponencia que le fue negada en este asunto al Consejero doctor Alvaro Lecompte Luna, con su venia manifiesto que me acojo a sus planteamientos, contenidos en el escrito visible de folios 183 a 189.

De otro lado, y no porque el argumento no esté presente en dicho estudio, si no porque considero importante recalcar sobre el mismo, estimo conveniente reforzar lo que atañe con el análisis de la prueba indiciaria, de tanta trascendencia cuando se trata de juzgar casos de abuso o desviación de poder, y que resulta esencial en la aceptación de la renuncia del actor.

La prueba indiciaria, generalmente constituida o al menos reforzada por la testimonial, debe apreciarse en su conjunto y no de manera aislada, so pena de incurrir en graves injusticias a la hora de sopesar su verdadero valor y su representatividad.

En efecto, como lo puso de presente el Consejero doctor Alvaro Lecompte Luna, un hecho aislado no tiene la fuerza suficiente para llevar a la plena certeza sobre una conclusión; pero varios hechos que reflejen coincidencias y similitudes sí pueden configurarla. Y es, precisamente, lo que ocurre en el caso del

SECCION SEGUNDA

demandante; esto es, que cuando el intérprete se coloca en plano panorámico y observa la concatenación de indicios, llega a una conclusión que probablemente no le muestra cada hecho separado: la de que el actor fue presionado para que renunciara mediante el uso de medios y mecanismos sutiles, -Y a veces no tan sutiles -, y por consiguiente, no puede aceptarse que su voluntad a este respecto haya sido libre y espontánea.

De allí, como es obvio, no podría desprenderse una consecuencia diferente de la nulidad del acto y la prosperidad de las demás súplicas de la demanda.

Atentamente,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

**FUNCIONARIOS DEL SERVICIO EXTERIOR / EMBAJADOR /
PRESTACIONES SOCIALES - Liquidación / CONGELACION DE
LA CESANTIA / FUNCIONARIO DE LA CARRERA
DIPLOMATICA Y CONSULAR / PENSION DE JUBILACION -
Liquidación**

Como el actor ingresó al Ministerio de Relaciones Exteriores el 21 de febrero de 1978, regla para él la liquidación anual de cesantía con carácter definitivo y sin posibilidad de revisarse con posterioridad. Es lo que en el lenguaje corriente se denomina congelación de cesantía, para indicar que su liquidación se efectúa anualmente en forma definitiva, de acuerdo con el sueldo de cada año trabajado. El legislador prescribió por vía de excepción para los Embajadores de carrera, una liquidación especial para la pensión de jubilación o de invalidez con base en la asignación de los Ministros del Despacho, pero no para liquidación del auxilio de cesantía, y por consiguiente no puede extenderse dicha liquidación a esta prestación social, por vía de interpretación, pues la excepción no puede convertirse en regla general.

DEMANDA-Requisitos / *LITIS* CONSORCIO PASIVO

Si el actor deseaba un pronunciamiento de fondo frente a la totalidad del servicio prestado en entidades con personería jurídica diferentes, tales como la Nación y entidades descentralizadas, ha debido dirigir la demanda no solo contra la Nación -Ministerio de Relaciones Exteriores, sino además contra el Hospital Militar

SECCION SEGUNDA

Central y la Nación (Ministerio de Defensa Nacional Escuela Nacional de Guerra). En otros términos, y teniendo en cuenta el alcance de las pretensiones, debe señalarse que en el presente proceso no se integró totalmente el *litis* consorcio pasivo, y por este motivo no puede hacerse pronunciamiento contra entidades que no comparecieron al proceso.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de Mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 967. Actor: HERNANDO GALVIS ESPINOSA. **Resoluciones Ministeriales.**

HERNANDO GALVIS ESPINOSA demanda a la Nación (Ministerio de Relaciones Exteriores) por no encontrarse de acuerdo con la liquidación definitiva de cesantía efectuada mediante acto de 21 de noviembre de 1.982.

Expresa que con fecha 22 de septiembre de 1983 solicitó a dicho ministerio el correspondiente reconocimiento de cesantía por servicios prestados a la nación y cuyo último cargo fue el de Embajador ante el Gobierno de Bélgica, sin que hubiera obtenido respuesta, produciéndose así el silencio administrativo negativo.

La Solicitud la presenta para que se ordene la liquidación con base en el último sueldo pero equivalente al de un Ministro del Despacho, y por un término de 31 años, 10 meses y 26 días servidos a la nación.

Los 31 años sobre los cuales pide la cesantía, lo hace con base en el total de tiempo servido a la Nación, en la Escuela Superior de Guerra, en el Hospital Militar Central (Ministerio de Defensa Nacional) y en el Ministerio de Relaciones Exteriores.

El Ministerio de Relaciones Exteriores se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que la liquidación de la cesantía se efectuó conforme a la ley, con base en el tiempo servido en el Ministerio de Relaciones Exteriores y en el salario correspondiente al de Embajador en su equivalencia al del servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores, en cumplimiento de lo dispuesto en los Decretos 2016 y 3118 de 1968.

En el término para alegar de conclusión, el actor, expresa que no ha recibido cesantía por el término en que sirvió en el Ministerio de Defensa desde el 10 de septiembre de 1951 al 21 de febrero de 1978 en que pasó al Ministerio de Relaciones Exteriores y debe serle reconocida por el Ministerio de Relaciones Exteriores con derecho a repetir, pues ha debido acumulársela por la totalidad del servicio.

Sobre la forma de liquidar las cesantías reitera que ellas no deben hacerse con base en las asignaciones equivalentes por anualidades y para tal efecto cita y adjunta el fallo de 21 de febrero de 1974, proferido por esta Corporación con ponencia del Dr. RAFAEL TAFUR HERRAN que a su juicio le da razón en lo que ahora pide.

El Ministerio de Relaciones Exteriores guardó silencio.

La **Fiscal Quinta del Consejo de Estado** estima que se deben denegar las súplicas de la demanda. En uno de sus apartes, la Fiscalía expresa:

“De acuerdo con los artículos 18 y 76 de los Decretos 3118 de 1968, y 2016 de 1968, la cesantía para los empleados o trabajadores de los Ministerios se liquida por el tiempo servido en el año de retiro por formar parte de las prestaciones sociales a que es acreedor un servidor del Estado”.

El artículo 76 del Decreto 2016 del 17 de julio 1968 a la letra dice:

“Las prestaciones sociales de los empleados del servicio exterior se liquidarán y pagarán con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo con lo previsto en el artículo 112 del presente estatuto y salvo lo previsto en el artículo 66”.

Por lo tanto, el demandante tenía derecho a que se le liquidara la cesantía de acuerdo con la equivalencia señalada en la norma transcrita, y no con base en lo ordenado en el artículo 66 del Decreto Ley 2016 de 1968.

De acuerdo con lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público opina que se deben denegar las súplicas de la demanda”. (se subraya)

Para resolver se considera:

Como en el proceso reconstruido no se controvertió el silencio administrativo afirmado en la demanda, la Sala estima que este se produjo y así habrá de declararse a.

SECCION SEGUNDA

En cuanto al tema central de la demanda debe señalarse que el actor reclama de la nación, el auxilio de cesantía por un período de 31 años, 10 meses y 26 días, que a su juicio debe serle liquidado con base en el sueldo correspondiente al de un Ministro del Despacho, y no con el de embajador. Para tal efecto, deberá decirse lo siguiente:

1) No todo el período antes referido fue prestado a la, Nación, pues de conformidad con las certificaciones del Jefe de Personal del Hospital Militar Central, prestó sus servicios a este establecimiento público entre el 16 de marzo de 1.962 y el 30 de abril de 1.980.

Este organismo tuvo personería jurídica desde su creación, conforme al Decreto 2775 de 1.959 y como no compareció al proceso, en gracia de discusión, de llegar a prosperar las súplicas de la demanda no podría ser condenado.

2) Aunque los Ministerios de Defensa y Relaciones Exteriores integran el concepto de Nación, desde el punto de vista presupuestal y de sus correspondientes derechos y obligaciones, tales organismos públicos tienen regímenes jurídicos propios y en el área de la función pública, sus estatutos de administración de personal y de prestaciones sociales difieren sustancialmente, y por lo tanto, sus empleados oficiales cuando se presenten a reclamar los derechos que crean tener, deben hacerlo, solicitando la comparecencia de cada uno de sus Ministros para el adecuado ejercicio del derecho de defensa.

3) Por el motivo antes expuesto, si el actor deseaba un pronunciamiento de fondo frente a la totalidad del servicio prestado en entidades con personería jurídica diferentes, tales como la nación y entidades descentralizadas, ha debido dirigir la demanda no solo contra la Nación Ministerio de Relaciones Exteriores, sino además contra el Hospital Militar Central y la Nación (Ministerio de Defensa Nacional Escuela Superior de Guerra).

En otros términos, y teniendo en cuenta el alcance de las pretensiones, debe señalarse que en el presente proceso no se integró totalmente el *litis consorcio* pasivo, y por este motivo no pueden hacerse pronunciamientos contra entidades que no comparecieron al proceso.

Tiene incidencia práctica lo antes expuesto, porque por ejemplo, el actor manifiesta que no recibió auxilio de cesantía por concepto de trabajo cuando laboró en el Ministerio de Defensa, para referirse al tiempo servido en el Hospital Militar. Sin embargo, al Fl. 71 obra copia informal sobre una liquidación parcial de cesantía por 12 años, 7 meses y 18 días, a favor del demandante, otorgadas por el Hospital Militar.

4) Sin embargo, como la acción la dirige contra la liquidación efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, y este organismo compareció al proceso, deberá expresarse que como el actor ingresó a este Ministerio el 21 de febrero de 1978, regía para él la liquidación anual de cesantía con carácter definitivo y sin posibilidad de revisarse con posterioridad.

Es lo que en el lenguaje corriente se denomina congelación de cesantía, para indicar que su liquidación se efectúa anualmente en forma definitiva, de acuerdo con el sueldo de cada año trabajado.

El actor al ingresar al Ministerio de Relaciones Exteriores se sujetaba a estos preceptos, y es así como los artículos 27 y 28 del Decreto Ley 3118 de 1968, prescriben lo siguiente:

a) Artículo 27:

“Liquidaciones anuales. Cada año calendario, contado a partir del 1o de enero de 1969, los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, liquidarán las cesantías que anualmente se causen en favor de sus trabajadores o empleados.

La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe - la remuneración del respectivo empleado o trabajador.” (se subraya)

b) Artículo 28:

“Liquidación año de retiro. En caso de retiro del empleado o trabajador, el respectivo ministerio, departamento administrativo, superintendencia, establecimiento público o empresa industrial y comercial del Estado, liquidará la cesantía que corresponda al empleado o trabajador por el tiempo servido en el año de retiro”. (se subraya)

5) Por consiguiente, como el actor ingresó al Ministerio de Relaciones Exteriores en el año de 1.978 y se retiró en 1982, el Ministerio debió liquidarle el auxilio de cesantía correspondiente, a los años de 1978, 1979, 1980, 1981 y 1.982, cada uno con base en el sueldo vigente para cada uno de tales años, como en efecto lo hizo según los diferentes documentos que obran en el proceso.

6) Como el actor pretende que la liquidación del auxilio de cesantía debía efectuarse con base en el sueldo correspondiente al de un Ministro y no con el de Embajador, conviene señalar lo siguiente:

SECCION SEGUNDA

a) El artículo 2o. de la Ley 41 de 1.975, preceptúa:

“Las prestaciones sociales de los empleados del Servicio Exterior se liquidarán y pagarán con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministro de Relaciones Exteriores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del Decreto 2016 de 1968, salvo lo previsto en el artículo 66 del mismo Decreto”.

b) El artículo 12 del Decreto 2016 de 1.968, prescribe:

“Las categorías de los funcionarios en el Servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores y sus equivalencias con las del Servicio Exterior son las siguientes:

Servicio Exterior
Embajador

Servicio Interno
Secretario General
Subsecretario
Director General del Protocolo
Decano del Instituto Colombiano de
Estudios Internacionales”.
“(…)”

c) El artículo 66 del Decreto 2016 de 1.968, expresa:

“Los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que reúnan los requisitos legales en cuanto a edad y tiempo de servicio, que hayan alcanzado la categoría de Embajador y que al retirarse del servicio soliciten su pensión de Jubilación o invalidez, tendrán derecho a que ésta le sea liquidada y pagada con base en las asignaciones de los Ministros del Despacho, estimadas en la fecha retiro del funcionario.” (se subraya)

7) La Sala concluye de acuerdo con las normas transcritas, que el legislador prescribió por vía de excepción para los Embajadores de carrera, una liquidación especial para la pensión de jubilación o de invalidez con base en la asignación de los Ministros del Despacho, pero no para la liquidación del auxilio de cesantía, y por consiguiente no puede extenderse dicha liquidación a esta prestación social, por vía de interpretación, pues la excepción no puede convertirse en regla general.

8) La Sala concluye que el auxilio de cesantía fue liquidado conforme a la ley y por lo tanto no están llamadas a prosperar 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, y de acuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

DECLARASE LA EXISTENCIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO EN QUE INCURRIÓ EL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES AL NO DAR RESPUESTA SOBRE LA LIQUIDACIÓN DE CESANTIA PRESENTADA POR HERNANDO GALVIS ESPINOSA.

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Reconócese personería para actuar en este proceso a la abogada MARGARITA ELIANA MANJARREZ HERRERA, en representación de la nación en los términos del memorial -sustitución de poder- visible a folio 142 del expediente.

En firme este proveído archivase el expediente.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día veintidós (22) de abril de mil novecientos noventa y tres (1.993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Orjuela góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Enrique Conti Bautista, Conjuez; Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos. Secretaria

**DEMANDA - Requisitos / FUNDAMENTOS DE DERECHO /
JURISDICCION ROGADA**

Como en el libelo demandatorio el actor no citó como normas violadas ninguna disposición de los Decretos 694 de 1975 y 1468 de 1979 y en ellos se encuentran reguladas las causales de retiro del servicio, tales como la declaratoria de insubsistencia y la renuncia regularmente aceptada, que son las invocadas como impropriamente utilizadas por la Caja Nacional de Previsión, se concluye que la demanda no puede prosperar. En innumerables fallos esta sala ha dicho que esta jurisdicción es rogada y que por lo tanto como no es oficiosa, no puede el juzgador pronunciarse sobre cuestiones que concretamente no han sido sometidas a su consideración en la demanda, como sería el pronunciarse sobre la violación de normas legales distintas a las relatadas en el libelo.

**CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL / SISTEMA
NACIONAL DE SALUD - Adscripción / ESTATUTO DE PER-
SONAL / RAMA EJECUTIVA - Integración / MINISTERIO DE
TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL - Adscripción**

La Caja Nacional de Previsión Social es un organismo adscrito al Sistema Nacional de Salud como entidad creada por la ley que presta servicios salud y por lo tanto se encuentra regida en sus relaciones de derecho individual con sus empleados públicos, por los Decretos 694 de 1975 y 1468 de 1979 y Ley 10 de 1990 entre otras. Igualmente, desde el punto de vista de la integración a la Rama Ejecutiva, La Caja Nacional de Previsión Social está adscrita

al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sin que por dicha adscripción deje de estar regulada en el área de la función pública por las normas especiales antes señaladas.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 989. Autoridades Nacionales. Actor: PEDRO NEL ESCORCIA CASTILLO.

PEDRO NEL ESCORCIA CASTILLO solicita se declare la nulidad de las resoluciones 01197 y 01197 Bis del 25 de junio de 1980 proferidas por la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL.

Expresa el actor que enterado de la renuncia del cargo presentada por el Director General de La CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL ante el Presidente de la República, él presentó su dimisión en gesto de lealtad y cortesía, la cual no le fue aceptada por este mismo funcionario, según escrito de 30 de mayo de 1980.

Agrega que posteriormente el día 27 de junio de 1980 con oficio D.P. 2943 le fue comunicado que mediante Resolución No. 1197 había sido declarado insubsistente su nombramiento, habiendo procedido a hacer entrega del cargo, actividad que culminó y cuya constancia se suscribió el 4 de julio de 1980.

Señala el demandante que días después, el 7 de julio de 1980, la Caja le comunicó que mediante resolución 1197 Bis de 25 de junio le había sido aceptada su renuncia presentada por él a partir de dicho 25 de junio de 1980.

Expresa el actor que conforme a lo anterior "resulta una burda maniobra por parte de funcionarios de la Caja Nacional de Previsión Social que primero elaboran una resolución de insubsistencia y la comunican inmediatamente, y más de diez (10) días después la revocan, aceptan una renuncia que ya no tenía vigencia y acuden al expediente de emplear (sic) el mismo número de la primera agregándole la palabra Bis."

En el expediente reconstruido de conformidad con el decreto 3825 de 1985, aparece la copia de un memorial de oposición a las pretensiones del actor en donde se expresa que éste presentó renuncia del cargo el 28 de marzo de 1980 y la Caja aceptó en tiempo oportuno 25 de junio de 1980 mediante la

SECCION SEGUNDA

Resolución No. 1197 Bis, lo cual se ajusta a lo expuesto en los artículos 111 y 113 del decreto 1950 de 1973 (Fl. 8 y 9).

No aparece copia de los alegatos de conclusión que la Caja haya podido presentar.

La Fiscal Quinta ante el Tribunal Administrativo expresó que no se debía fallar de fondo la resolución 1197 de 1980 por cuanto ésta no tenía vida jurídica por haber sido revocada en forma directa, y respecto de la Resolución 1197 Bis de 1980 debía ser anulada por falsa motivación.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca se declaró inhibido para conocer el fondo de la Resolución No. 01197 de 1980 por sustracción de materia, y declaró nulo el artículo 2o. de la Resolución No. 01197 Bis de 1980 mediante el cual se aceptó la renuncia del actor, y ordenó su reintegro.

La Caja Nacional de Previsión Social interpuso el recurso de apelación contra este fallo, sustentación que no aparece en el expediente reconstruido.

En los alegatos de conclusión ante esta corporación, la parte actora reitera sus pretensiones.

La Caja Nacional expresa que el actor señala como violados los decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, cuando dicha institución se rige por una legislación especial contenida en los decretos 694 de 1975 y 1468 de 1979 de conformidad con el Decreto 56 de 1975 en virtud de que la Caja es una entidad de seguridad social.

Concluye la Caja Nacional que por lo tanto la demanda no reúne los requisitos legales, debiéndose denegar las pretensiones o inhibirse para fallar.

El **Fiscal Cuarto** ante el Consejo de Estado solicita se revoque el fallo apelado y en su lugar se inhiba en el fondo por ineptitud sustantiva de la demanda, en virtud de que la Caja Nacional de Previsión Social en sus relaciones laborales al tenor de lo dispuesto en el artículo 1o. del Decreto 694 de 1975 por hacer parte del Sistema Nacional de Salud, sus empleados se rigen por este decreto y no por el decreto 2400 de 1968 como lo pretende el actor.

Agrega la Fiscalía que en caso de que estos razonamientos no sean convincentes debe tenerse en cuenta que la aceptación de una renuncia así inventada, "no resulta censurable ya que no lesiona en absoluto ningún derecho del empleado así tratado." En uno de sus apartes dijo la Fiscalía lo siguiente:

“El demandante prestaba sus servicios a la Caja Nacional de Previsión. Las relaciones laborales entre esta entidad Establecimiento Público del orden nacional que, al tenor del artículo 1o. del Decreto 694 de 1975, hace parte del Sistema Nacional de Salud- y sus empleados se rige (sic) por el estatuto de personal integrado por los Decretos 694 de 1975 y 1468 de 1979.

“(...)”

Al juez le está vedado suplir la actividad de las partes, sobretodo en materia tan importante como lo es la necesaria cita y conceptualización sobre el ordenamiento jurídico especial que rige un vínculo laboral que se dice ilegalmente quebrantado. Tampoco puede, como lo hizo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, aceptar la confrontación de un caso sometido a legislación especial con normas que, como las de los decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, no le son aplicables.

Para resolver se considera:

1) Como La Caja Nacional de Previsión Social y la Fiscalía Cuarta del Consejo de Estado, manifiestan que la demanda es inepta por cuanto en ella no se alegaron como disposiciones violadas las normas especiales que rigen las relaciones del personal civil de La Caja Nacional de Previsión Social por cuanto dicho organismo hace parte del Sistema Nacional de Salud, deberá examinarse en primer término este aspecto.

2) Mediante el artículo 2o. de la Ley 9a. de 1973, el Congreso revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para adscribir o vincular al Sistema Nacional de Salud tanto las entidades creadas por ley que prestaran servicios de atención médica como los servicios de atención médica, de otras entidades del sector público. Confirió igualmente facultades, “para elaborar el estatuto de personal y escala salarial para los funcionarios que presten sus servicios en el Sistema Nacional de Salud.”

3) Con base en estas facultades, el Presidente de la República expidió el Decreto 056 de 1975. El artículo 1o. de este Decreto expresaba lo siguiente:

“Se entiende por Sistema Nacional de Salud, el conjunto de organismos, instituciones, agencias y entidades que tengan como finalidad específica procurar la salud de la comunidad, en los aspectos de promoción, protección, recuperación y rehabilitación.” (se subraya)

SECCION SEGUNDA

4) Como la filosofía de esta organización administrativa consistía en coordinar todos los organismos, instituciones, agencias y entidades del orden nacional y territorial que prestaran servicios de salud tanto oficiales como privados en un Sistema Nacional de Salud, el Decreto 56 de 1975 efectuó la diferencia entre aquéllos que pertenecían al sector oficial para decir de ellos que estaban adscritos, no a un Ministerio, sino al Sistema Nacional de Salud, y aquéllos que hacían parte del sector privado como organismos vinculados a este Sistema de Salud.

Sobre el concepto de adscripción y vinculación al Sistema Nacional de Salud, dijo el artículo 2o. del Decreto 056 de 1975:

“Artículo 2o.: Para efectos del Sistema Nacional de Salud, la ley define:

“(...)”

b) Entidades adscritas al Sistema Nacional de Salud, como entidades de asistencia pública, son todas las personas jurídicas de derecho público que presten servicios de salud a la comunidad, reciban o no aportes del estado.

c) Entidades vinculadas al Sistema Nacional de Salud, como entidades de asistencia pública, son todas las personas jurídicas de derecho privado que presten servicios de salud a la comunidad, reciban o no aportes estatales, aunque no tengan el control y la vigilancia a que se refiere el artículo 120 ordinal 19 de la Constitución Política.” (se subraya)

5) Como respecto de la organización de la Rama Ejecutiva y de la Administración Pública, de conformidad con el Artículo 1o. del Decreto 1050 de 1968, estos conceptos de adscripción y vinculación son diferentes, pues ellos se refieren es a la integración estructural de la rama ejecutiva y de la administración pública, conviene examinar lo que al respecto dice esta disposición. Textualmente expresa:

“**DE LA INTEGRACION DE LA RAMA EJECUTIVA.** La Rama Ejecutiva del Poder Público, en lo nacional, se integra con los siguientes organismos:

- a) Presidencia de la República;
- b) Ministerios y Departamentos Administrativos;
- c) Superintendencias, y

d) Establecimientos Públicos.

La Presidencia de la República y los Ministerios y Departamentos Administrativos son los organismos principales de la administración; los demás les están adscritos y cumplen sus funciones en los términos que señale la ley, bajo la orientación y control de aquellos.

“(...)”

PARAGRAFO: Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta están vinculadas a la administración y sujetas a su orientación, coordinación y control en los términos de las leyes y estatutos que las rijan.” (se subraya)

De lo anterior se concluye que no son idénticos los conceptos de adscripción y vinculación que emplea el Decreto 056 de 1975 para referirse a la organización del sistema de salud, con los que a su vez emplea el Decreto 1050 de 1968, para referirse a la concepción estructural de la Rama Ejecutiva y de la Administración Nacional.

6) Conforme a estos preceptos, un establecimiento público nacional o territorial que preste servicios de salud, está adscrito al Sistema Nacional de Salud y a su vez puede estar adscrito a un Ministerio diferente al de Salud o Secretaria de Salud, según el caso.

7) Como en virtud de la ley 9a. de 1973, también se expidió el Decreto 694 de 1975, habrá de examinarse e interpretarse este estatuto de personal en consonancia con las disposiciones analizadas y que integran el Sistema Nacional de Salud.

8) El primer considerando y el primer artículo del Decreto Ley 694 de 1975 señalan su campo de aplicación. Por lo tanto conviene analizar su contenido. Dicen al respecto:

“CONSIDERANDO:

Que para la adecuación del recurso humano a los requerimientos técnicos que demanda el desarrollo del Sistema Nacional de Salud se hace necesario el establecimiento de un régimen de administración de personal uniforme, flexible y adaptable a las características propias de los organismos, institucionales, entidades y agencias que lo conforman en sus diferentes niveles:

SECCION SEGUNDA

Que es esencial lograr la eficiencia y la eficacia en los procesos de administración de personal, como medio para garantizar el mejoramiento progresivo en la prestación de servicios de salud a la comunidad acorde con sus expectativas y exigencias;

ARTICULO 1o.: El presente decreto regula la administración de personal de los organismos de dirección del Sistema Nacional de Salud, de las entidades creadas, o autorizada su creación, por Ley de la República, Ordenanza Departamental, Acuerdo Municipal, Intendencial, Comisarial, o Distrital, que prestan servicios de salud, inclusive los de la seguridad social y, de las dependencias de otras entidades del sector público que prestan servicios de atención médica.

Se exceptúan las dependencias del Ministerio de Defensa Nacional que presten servicios de atención médica.” (se subraya)

De acuerdo a lo anterior se concluye que la Caja Nacional de Previsión Social es un organismo adscrito al Sistema Nacional de Salud como entidad creada por la ley que presta servicios de salud y por lo tanto se encuentra regida en sus relaciones de derecho individual con sus empleados públicos, por los Decretos 694 de 1.975 y 1468 de 1979 y Ley 10 de 1990 entre otras.

Igualmente, desde el punto de vista de la integración a la Rama Ejecutiva, La Caja Nacional de Previsión Social está adscrita al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, sin que por dicha adscripción deje de estar regulada en el área de la función pública por las normas especiales antes señaladas. (D. 694 de 1975)

9) Como en el libelo demandatorio el actor no citó como normas violadas ninguna disposición de los decreto 694 de 1975 y 1468 de 1979 y en ellos se encuentran reguladas las causales de retiro del servicio, tales como la declaratoria de insubsistencia y la renuncia regularmente aceptada, que son las invocadas como impropriamente utilizadas por la Caja Nacional de Previsión Social, se concluye que la demanda no puede prosperar.

10) En innumerables fallos esta Sala ha dicho que esta jurisdicción es rogada y que por lo tanto como no es oficiosa, no puede el juzgador pronunciarse sobre cuestiones que concretamente no le han sido sometidas a su consideración en la demanda, como sería el pronunciarse sobre la violación de normas legales distintas a las relatadas en el libelo.

Este criterio ya imperaba en esta Corporación cuando este proceso se tramitaba en esta jurisdicción, y fue así como mediante sentencia de 27 de

enero de 1.983, Sección primera, con ponencia del Dr. ROBERTO SUÁREZ FRANCO, expediente 3726, se dijo:

“No debe olvidarse que esta jurisdicción es rogada y no oficiosa, motivo por el cual no le es dable al juzgador pronunciarse sobre cuestiones que concretamente no les han sido sometidas a su consideración en la demanda, como sería el pronunciarse sobre la violación de normas legales distintas a las relatadas en el libelo.” (se subraya)

Actualmente este criterio sigue vigente, y es así como mediante fallo de 14 de abril de 1993, expediente No. 5304, esta Sala denegó las súplicas de la demanda por cuanto el actor no invocó en el libelo las normas estatutarias especiales del Sena, Decreto 2464 de 1970, que le habrían podido amparar sus derechos.

La demanda no invocó como violada ninguna de las disposiciones contenidas en los decretos 694 de 1975 y 1468 de 1979 ya que en ellos se tutelan los derechos que le fueron presuntamente infringidos.

Por lo tanto se concluye que la demanda no contiene los presupuestos necesarios para su prosperidad, en cuanto no citó las normas de la función pública del Sistema Nacional de Salud.

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:

REVOCASE EL FALLO APELADO DE FECHA 21 DE JUNIO DE 1983, PROFERIDO POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Y EN SU LUGAR DENIEGANSE LAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA PROMOVIDA POR PEDRO NEL ESCORCIA CASTILLO.

En firme este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la sala en sesión celebrada el día seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION SEGUNDA

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

PERSONAL MILITAR / PENSION DE INVALIDEZ - Improcedencia

No bastaba probar que el Suboficial retirado fuera tenido como inválido, pues según el artículo 110 del Decreto 1403 de 1956, la invalidez debía ser calificada como “absoluta y permanente”, para que generara ese derecho a la pensión de invalidez, ya que cuando la “invalidez es relativa y permanente” solo otorga el derecho a una compensación pecuniaria, pero sin posibilidad de solicitar la pensión por invalidez, según lo prescriben los artículos 109 y 110 del Decreto 501 de 1955.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente 1355. Resoluciones Ministeriales. Actor: PABLO ERNESTO BERNAL TORO.

PABLO ERNESTO BERNAL TORO, solicita se declare que ha operado el silencio administrativo por parte del Ministerio de Defensa Nacional en virtud de que dicho organismo no dio oportuna respuesta a la petición formulada el día 10 de diciembre de 1975 y mediante la cual solicitaba el otorgamiento de su pensión de invalidez e Indemnización total, por hechos acaecidos cuando prestaba sus servicios como Suboficial del EJERCITO NACIONAL.

Expresa que en desarrollo del servicio sufrió graves afecciones y lesiones que le produjeron invalidez absoluta y permanente para el desempeño de sus funciones como miembro del Ejército, las cuales quedaron consignadas en las Actas Números 464 y 465 de 24 de mayo y 8 de julio de 1963.

SECCION SEGUNDA

Agrega el actor que el Ministerio únicamente le reconoció una indemnización que no se compadece con su estado de invalidez.

En el proceso reconstruido no obra copia de la impugnación a la demanda, ni consta en la sentencia de primera instancia que se haya efectuado oposición alguna por parte del Ministerio de Defensa Nacional.

La sentencia del Tribunal Administrativo señala que “por su parte el señor Agente del Ministerio Público en su vista de fondo, emite concepto adverso a las pretensiones de la demanda”.

El fallo del Tribunal declara probado el silencio administrativo y deniega las súplicas de la demanda por considerar que aunque el dictamen médico legal declara al actor inválido absoluto para el desempeño de actividades militares, solo le determinaría una pérdida de su capacidad laboral para actividades de la vida civil, con un índice lesional cuatro (4) del diez y medio (10.5%) por ciento.

Advierte el fallo que la pensión de invalidez sería viable siempre y cuando la incapacidad laboral llegara o se aproximara a un 75% o fuera valorada con un índice lesional mínimo de 18 conforme al Reglamento de Invalideces, Incapacidades e Indemnizaciones de las Fuerzas Militares.

El actor interpuso el recurso de apelación contra la sentencia, sin que exista copia del documento contentivo de dicha Impugnación, desconociéndose por lo tanto los términos de su inconformidad.

En el término de traslado para alegar de conclusión, las partes guardaron silencio.

La **Fiscalía Novena** del Consejo de Estado solicita se confirme el fallo apelado por estimar que en el proceso hay incertidumbre de si la lesión fue o no ocasionada por razones del servicio y la parte actora no cumplió con la carga procesal de demostrar los hechos en que fundamenta su demanda sobre el grado de incapacidad certificado. La vista Fiscal expresa lo siguiente:

“.. el dictamen de la Sección de Medicina del Trabajo del Ministerio del ramo, claramente señala que el índice lesional 4 (folio 20) del demandante, no le produce una invalidez absoluta como sería el índice lesional 18, para que amerite el reconocimiento de la pensión de invalidez, de conformidad con los decretos 501 de 1955 y 1403 de 1956, los cuales constituyen el marco jurídico vigente para la época de los hechos causantes del litigio.” (se subraya)

Para resolver se considera:

1) De la lectura del proceso se concluye que efectivamente el Ministerio de Defensa Nacional no dio respuesta a la solicitud del actor en relación con la pensión de invalidez que a su juicio estimaba le asistía derecho, y por consiguiente es procedente declarar la existencia del silencio administrativo.

2) Como lo que se discute en el proceso es si la incapacidad laboral adquirida por el demandante es de tal naturaleza que lo incapacite para laborar y por lo tanto para tener derecho a la pensión de invalidez, conviene señalar que en el término probatorio el actor fue remitido a la Sección de Medicina del Trabajo, del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, dependencia que mediante experticio médico legal dijo que éste había perdido en forma absoluta y permanente la aptitud para continuar prestando los servicios propios del personal combatiente, y con una disminución de la capacidad laboral y un índice lesional 4 del 10.5% para efectuar ocupaciones u oficios asignados al personal de los servicios.

No señaló este dictamen si esta incapacidad laboral para la vida militar,, también se extendía al desempeño de trabajos remunerados de la vida civil conforme lo exigen los artículos 31 y 37 párrafo lo. del Decreto 1403 de 1956 vigente para la época de la enfermedad del actor. Textualmente expresa el dictamen:

“Sección de Medicina del Trabajo DICTAMEN No. 179-MJ BOGOTA, D.E.

Julio 22 de 1982

Señor

SECRETARIO HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CUNDINAMARCA

Ciudad

Me refiero a su Oficio No. 82-081 de fecha Junio 17 de 1982, para comunicarle que, la revisión y estudio de los datos anamnésicos y de los demás elementos de juicio médicos que obran en el informativo sometido a nuestra consideración, los cuales complementan el examen clínico del momento, permiten establecer que la Secuela Anátomo-Funcional que presenta el Señor PABLO ERNESTO BERNAL TORO, identificada como pérdida del movimiento de flexión de la Articulación Metacarpo-

SECCION SEGUNDA

Falángica del Dedo Medio de la Mano Izquierda; le determina la pérdida absoluta y permanente de la aptitud para poder desempeñar las actividades propias del personal combatiente y una disminución de la capacidad laborativa, en relación con su edad y el índice lesional cuarto (4), del diez y medio por ciento (10.5) para efectuar las ocupaciones u oficios asignados al personal de los servicios en la vida Militar.

FIRMADO:

GUILLERMO RAMIREZ AGUIRRE

MEDICO JEFE

SECCION DE MEDICINA DEL TRABAJO." (se subraya)

3) Las Actas de la Junta Médica 464 de 24 de mayo de 1963, determinaron para el actor, una incapacidad relativa y permanente con un índice de lesión 3 y la Sección de Medicina del Trabajo la estimó en un grado 4 y con un índice de lesión del 10.5%. Dice el Acta del Consejo Técnico Médico Militar:

"Del estudio de los documentos sanitarios manifestamos:

El presente Consejo Técnico Médico Militar después de estudiar en todas sus partes el Acta de Junta Médica No. 464 verificada al Sargento 2o. BERNAL TORO PABLO ERNESTO, el día 24 de Mayo/63 en el Hospital Militar Centro Médico Colombiano de Estudios para Graduados, llega a las siguientes conclusiones:

1a. El Sargento 2o. BERNAL TORO PABLO ERNESTO presenta en la actualidad inmovilidad con extensión de la articulación metacarpofalángica del dedo medio de la mano izquierda, como consecuencia de grandes adherencias fibromas cicatriciales consecutivas a antiguo proceso infeccioso. La intervención quirúrgica no logró corrección de la limitación funcional de dicha articulación. Astigmatismo miópico. Pinguéculas bilaterales.

2a- La lesión ortopédica fue adquirida en el servicio por causa y razón del mismo. El astigmatismo es de tipo constitucional. Las pinguéculas durante el servicio pero no por causa ni razón del mismo.

3a. Se trata de una incapacidad relativa y permanente.-

(ilegible)a.- No es apto para el servicio de las FF.MM.-

5a. De acuerdo con el Reglamento de Incapacidades, Invalideces e Indemnizaciones le corresponde: por lesión ortopédica, índice de lesión tres (3) numeral 0-303. Por el astigmatismo miópico no hay lugar a fijar indemnización por tratarse de una afección de tipo constitucional. Las pinguéculas no producen perturbación funcional y por su grado incipiente no son de indicación quirúrgica.-”

4) Los artículos 109 y 110 del Decreto 501 de 1955, diferencian los conceptos “Invalidez relativa y permanente” e “Invalidez absoluta y permanente”, asignándole a la primera como consecuencia de su aparición en el militar, el derecho a obtener una compensación en dinero que fluctuará entre 1 y 36 meses de sus últimos haberes, además de las prestaciones que le correspondan según su tiempo de servicios, pero sin el derecho a la pensión de invalidez. La segunda, o sea la “Invalidez absoluta y permanente” para toda clase de actividades tanto militares como civiles, le da derecho tanto a la pensión, como a una compensación por la invalidez y además el derecho al auxilio de cesantía. Dicen al respecto estas disposiciones:

ARTICULO 109:

“Los Suboficiales y Marineros de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo por invalidez relativa y permanente para la vida militar, tendrán derecho además de las prestaciones que les corresponden según su tiempo de servicio, a que el Tesoro Público les pague por una sola vez una compensación en dinero que fluctuará entre uno (1) y treinta y seis (36) meses de sus últimos haberes, con base en el porcentaje de invalidez que fijen las disposiciones vigentes.

Parágrafo 1o. Si la invalidez fuere adquirida como consecuencia de actos del servicio, la compensación se aumentará en la mitad.

Parágrafo 2o. Si la invalidez fuere adquirida por causas de heridas o accidente aéreo o combate o acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento del orden público, la compensación a que se refiere este artículo se pagará doble, y si el Suboficial tuviere más de la mitad del tiempo en el grado, será ascendido al inmediatamente superior, y sobre esta asignación se le liquidarán las prestaciones correspondientes.” (se subraya)

ARTICULO 110:

SECCION SEGUNDA

“El Suboficial o Marinero de las Fuerzas Militares que sea retirado por invalidez absoluta y permanente para toda clase de actividades tanto militares como civiles, tendrá derecho:

1o. A recibir una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público igual al sueldo de actividad correspondiente al grado que tenga el Suboficial o Marinero en el momento de ser retirado.

2o. A que se le pague por el Tesoro Público, por una sol a vez, la compensación que fijen para el efecto las disposiciones vigentes, sobre invalidez, y

3o. A la cesantía que le corresponda según su tiempo de servicio.” (se subraya)

6) Como puede observarse, el dictamen médico del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, aunque aumentó el índice lesional en un punto y fijó una incapacidad para laborar en la vida militar en un 10.5%, no determinó que el actor tuviera una incapacidad laboral del 75% o que ella fuera absoluta y permanente para toda clase de actividades tanto militares como civiles.

7) Conforme a los reglamentos transcritos, tampoco bastaba probar que el Suboficial retirado fuera tenido como inválido, pues según el artículo 110 del Decreto 1403 de 1956, la invalidez debía ser calificada como “absoluta y permanente”, para que generara esa derecho a la pensión de invalidez, ya que cuando la “invalidez es relativa y permanente” solo otorga el derecho a una compensación pecuniaria, pero sin posibilidad de solicitar la pensión por invalidez, según lo prescriben los artículos 109 y 110 del Decreto 501 de 1955.

Por consiguiente, no subsumiéndose los hechos descritos en la demanda con los preceptos legales que regulan la pensión de invalidez, no están llamadas a prosperar 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, y de acuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMASE EL FALLO APELADO, POR LOS MOTIVOS ANTES EXPUESTOS Y QUE FUERA PROFERIDO POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, JUICIO

No. 0230 DE 27 DE MAYO DE 1983, Y MEDIANTE EL CUAL SE DENEGO EL OTORGAMIENTO DE LA PENSION DE INVALIDEZ A FAVOR DEL SUBOFICIAL DEL EJERCITO NACIONAL PABLO ERNESTO BERNAL TORO.

SEGUNDO: En firme este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día abril veintinueve (29) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria

CARRERA JUDICIAL - Ingreso / RETROACTIVIDAD DE LA LEY - Improcedencia

Como el actor no reunía los requisitos exigidos por la ley al momento de solicitar su ingreso a la Carrera, su solicitud estuvo bien denegada, aunque no con base en los argumentos señalados por el Tribunal, ya que esta Corporación no podía exigirle los requisitos señalados en el Decreto 52 de 1987, norma expedida luego de la solicitud y sin efectos retroactivos.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 3897. Autoridades Nacionales. Actor: *Luis Alfonso Zambrano Mayo.*

LUIS ALFONSO ZAMBRANO en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho solicita se declaren nulas las Resoluciones Números 263 y 494 de 1987 proferidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, mediante las cuales se negó su inscripción en el escalafón de la Carrera Judicial en el cargo de Escribiente Grado 04 del Juzgado Promiscuo Municipal de Tello, Huila, por no reunir los requisitos señalados en la ley.

Como hechos en que fundamenta su demanda el actor expresa que él por haber ingresado a laborar en dicho juzgado el 13 de septiembre de 1982, sus requisitos eran los contemplados en los artículos 15 y 38 del Decreto Ley 250 de 1970 y no los consagrados en el artículo 4o. del Decreto 1190 de 1986 que son más exigentes.

Como normas violadas cita los artículos 14, 15 y 38 del Decreto 250 de 1970, 201 del Decreto 2400 de 1.986, 40 y 142 del Decreto 052 de 1987.

El Ministerio de Justicia se opuso a las pretensiones del actor por considerar que los artículos 15 y 38 del Decreto 250 de 1970 no tienen nada que ver con las pretensiones del actor, y así el artículo 15 no se refiere al ingreso a la Carrera Judicial y el 38 aunque regula el ingreso a la carrera judicial, el Gobierno Nacional nunca lo reglamentó ni aplicó y fué así como no se efectuaron concursos de ninguna naturaleza.

Agrega que todas las normas sobre carrera judicial del Decreto 250 de 1970 quedaron derogadas por el Decreto 2464 de 1985 completando luego este vacío con la expedición del Decreto 1190 de 1986.

En el término del traslado para alegar de conclusión las partes no presentaron alegatos.

La Fiscal Quinta del Consejo de Estado estima que en el presente caso el actor no desvirtuó la presunción de legalidad del acto y por lo tanto deben denegarse las súplicas de la demanda. La Fiscalía en uno de sus apartes expresó lo siguiente:

“Al momento de la inscripción, el demandante acreditó 3 años, 8 meses de labores en forma continúa, (sic) pero al momento en que se proferió el acto denegatorio impugnado principal, completaba cinco (5) años. Por lo que de acuerdo con las normatividades referidas, y teniendo en cuenta los requisitos señalados en ellas, confrontados con las calidades del demandante, se tiene que al momento de hacer su petición, no los reunía, por lo que no podía ser inscrito en la carrera. No sucediendo lo mismo si se tomara la fecha del acto acusado, por cuanto ya había completado los cinco (5) años en el cargo, lo que significa que actualmente puede solicitar nuevamente su inscripción por llenar los requisitos de ley.”

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1) Como el demandante ataca el acto con base en la solicitud de inscripción en la carrera judicial presentada en tiempo hábil el 15 de mayo de 1986 según lo expresa la Resolución No. 263 de 1987, acto acusado, deberán examinarse las disposiciones legales que regulaban la materia en la época de los hechos, pues resulta claro como lo anota la Fiscalía que el Decreto 52 de 1987 no es aplicable ya que la solicitud de inscripción se presentó antes de que éste estatuto fuera expedido y expresamente ninguna de sus disposiciones sobre

SECCION SEGUNDA

requisitos se consagró en forma retroactiva. Dijo al respecto el Artículo 118 del Decreto 52 de 1987:

“Los requisitos mínimos señalados en este Decreto para el desempeño de cargos se exigirán a las personas que ingresen a la Rama Jurisdiccional y a las fiscalías a partir de la vigencia del presente estatuto.”

Por este motivo no era viable exigirle al peticionario los requisitos señalados en el artículo 41 del citado Decreto 52.

En la misma forma, en principio tampoco resulta aplicable el Decreto 2400 de 29 de junio de 1986, por cuanto de una parte, no se había expedido dicho decreto al momento de ser presentada la solicitud de ingreso a la carrera, y de la otra, su artículo 201 prescribió en su inciso segundo que a los empleados judiciales como ocurre en el caso que nos ocupa, se estaría a lo dispuesto en los Decretos 2464 de 1985 y 1190 de 1986, que eran las normas vigentes al momento de presentarse la referida solicitud y a las cuales se acogió el actor. Textualmente dice el artículo 201 del Decreto 2400 de 1986:

“El ingreso a la carrera de los empleados judiciales que, a la fecha de la vigencia del presente decreto, ocupen empleos de carrera en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Tribunal Disciplinario, los tribunales superiores de distrito Judicial, los tribunales administrativos, la Jurisdicción penal aduanera, la Dirección Nacional de Instrucción Criminal y las direcciones seccionales de instrucción criminal se hará previa evaluación de sus méritos, conocimientos, experiencia, conducta y eficiencia.

En cuanto a los empleados judiciales de los demás juzgados, se estará a lo dispuesto en los Decretos 2464 de 1985 y 1190 de 1986.” (se subraya)

2) El actor como presupuesto para solicitar el ingreso a la carrera judicial expresó tener los siguientes requisitos:

- a) Certificado Judicial,
- b) Certificado sobre antecedentes disciplinarios,
- c) Certificado sobre aprobación del primer año de bachillerato,
- d) Certificado sobre capacitación comercial durante los años de 1973 y 1974 y de mecanografía en 1976,

e) Certificado sobre conducta, eficiencia y responsabilidad en el cargo desempeñado en el Juzgado Municipal de Tello, y

f) Certificado de tiempo de servicio comprendido entre el 13 de septiembre de 1982 y el 10 de mayo de 1986, fecha de la constancia, lo cual arroja una experiencia de 3 años y 8 meses en la Rama Jurisdiccional.

3) Por consiguiente, como el Tribunal del Distrito Judicial de Neiva dijo en la Resolución No. 263 de 1987, que “Teniendo en cuenta está experiencia y el primer año de bachillerato cursado y aprobado ha de deducirse que el peticionario a la fecha de presentar su solicitud no reunía los requisitos exigidos por el Art. 41 del Decreto 0052 de 1987 a obtener el escalafonamiento en la Carrera Judicial como Escribiente Grado 4o. del Juzgado Promiscuo Municipal de Tello,...”, no le asiste razón a dicha Corporación judicial pues al actor no se le podía exigir que para el día 15 de mayo de 1986 presentara ante ese tribunal, los requisitos que exigiría 8 meses después el legislador al expedir el decreto 52 de 1987, fuera de que este mismo decreto excluyó expresamente del lleno de los requisitos a quienes habían ingresado con anterioridad a la Rama Jurisdiccional según quedó consignado.

4) Como normas vigentes para solicitar la inscripción en la carrera judicial en la fecha de la presentación de la solicitud del actor, se pueden enunciar los Decretos Leyes 2464 de 30 de agosto de 1985 y 1190 de 15 de abril de 1.986.

5) El 30 de mayo de 1986 se expidió el Decreto Ley 1768, por el cual se establecen los requisitos mínimos para el ejercicio de los cargos desempeñados por los empleados judiciales, pero su artículo 17 expresamente dijo, que “los requisitos establecidos en este decreto **se exigirán a las personas** que con **posterioridad** a su vigencia ingresen al servicio de la administración de justicia en los empleos allí señalados”.

Este decreto solamente prorrogó el término que tenían los empleados judiciales para presentar su solicitud de inscripción en carrera hasta el día 20 de junio de 1986. Textualmente expresó el artículo 19 del Decreto 1768 de 1986:

“Porrógase el término de que trata el artículo 7o. del Decreto 1190 de 1986 hasta el 20 de junio del año citado.”

En materia de requisitos se excluye la aplicación de éste decreto por mandato expreso como antes quedó expuesto.

SECCION SEGUNDA

6) Deberá examinarse qué requisitos exígian los Decretos 2464 de 1.985 y 1190 de 1.986 para el ingreso a la carrera Judicial y que documentos debían aportar los empleados al momento de elevar su solicitud al Tribunal correspondiente.

7) El Decreto 2464 de 30 de agosto de 1985 en sus seis artículos prescribió que la designación de empleados que los jueces hicieran a partir de la fecha de expedición del decreto, tendrían carácter provisional hasta el 30 de abril de 1986, día y año en que a su vez vencía el plazo para presentar la solicitud de inscripción en carrera previo el cumplimiento de las condiciones que luego se establecieran.

Prescribió además que durante el término de provisionalidad, los empleados gozarían de estabilidad no pudiendo ser removidos sino por causas legales y previo el agotamiento de los correspondientes procedimientos, y las vacantes que fueran llenadas en este interregno de tiempo debían proveerse de acuerdo con las normas que se expidieran para regular el ingreso a la carrera judicial.

Como puede observarse, en estricto sentido este decreto no fijó requisito alguno de experiencia y de estudio para el ingreso a la carrera judicial.

8) El Decreto 1190 del 15 de abril de 1986, en su artículo 1o. prescribió que “el ingreso a la carrera judicial de los empleados a que se refieren los artículos 1o. y 2o. del Decreto 2464 de 1985, se haría previa evaluación de sus méritos, conocimientos, experiencia, conducta y eficiencia, **conforme a las reglas que este decreto se establecen**”.

El artículo 4o. de éste estatuto, prescribió lo siguiente:

“Para el ingreso a la Carrera Judicial en uno de los cargos a que se refiere el Decreto 2464 de 1985, los aspirantes deberán reunir uno cualquiera de los siguientes requisitos:

Nombre del Cargo: Escribiente.

Grado: 04

Requisitos:

1. Poseer diploma de educación media, o

2. Haber aprobado cuatro (4) años de educación media y tener cuando menos dos (2) años de experiencia en la Rama.”

Los artículos 1o. y 2o. del Decreto 2464 de 1985, expresan lo siguiente:

“**ARTICULO 1o.** Los nombramientos que hagan los jueces designados en propiedad, dentro de los noventa (90) días siguientes a su posesión, tendrán el carácter de provisionales hasta el 30 de abril de 1986. **Hasta esa fecha**, los empleados nombrados **deberán solicitar su inscripción** en la carrera judicial, **previo el cumplimiento** de las condiciones que se establezcan en las **normas que posteriormente se expedirán.**”(se subraya)

“**ARTICULO 2o.-** Si dentro del término de noventa (90) días de que trata el artículo anterior, los jueces no hicieron los nombramientos del personal de sus despachos, los empleados que venían prestando sus servicios a los mismos **adquirirán** el carácter, de empleados con **nombramiento provisional** hasta el 30 de abril de 1986. **Dentro** de este plazo, tales, empleados **deberán solicitar su inscripción** en la carrera judicial, **previo el lleno de las condiciones** que se establezcan en las normas que posteriormente se dictarán”. (se subraya)

El artículo 5o. del decreto 1190, prescribió:

“Los requisitos de que trata el artículo anterior, se exigirán a los empleados que **se hayan vinculado** a la rama Jurisdiccional **a partir del 1o. de septiembre de 1985.**

Parágrafo 1o.- Los empleados **vinculados** a la rama Jurisdiccional **con anterioridad al 1o. de septiembre de 1985** que no reunieren los requisitos establecidos en el artículo 4o., podrán acogerse a las siguientes equivalencias:

Un (1) año de educación superior por dos (2) años de experiencia relacionada y viceversa.

Un año de educación media por un (1) año de experiencia relacionada y viceversa.

Parágrafo 2o.- Para los efectos de la experiencia relacionada también se tendrá en cuenta los servicios prestados en el Ministerio Público como asistente judicial grado 9.” (se subraya).

SECCION SEGUNDA

9) Sin embargo, como el actor expresa que a él le eran aplicables los artículos 14, 15 y 38 del Decreto 250 de 1970, deberán examinarse estas disposiciones:

“ARTICULO 14: Sin embargo, cuando se ejerza en interinidad o por encargo un empleo sin la plenitud de los requisitos constitucionales y legales exigidos para él, pero reuniendo los de otros de inferior categoría, la asignación básica del funcionario o empleado será la que corresponda al cargo inferior de más alto grado para el cual sea idóneo.”

De la lectura de este precepto se concluye que la disposición no está exigiendo o exonerando al empleado de requisitos para el desempeño del cargo con fines de ingreso a la carrera, y por lo tanto, la Sala estima que por éste aspecto no le asiste razón al actor.

ARTICULO 15- “Para ser empleado de la rama jurisdiccional o del Ministerio Público, a cualquier título, se requiere ser nacional colombiano.”

Como puede observarse este artículo no señala requisitos para el ingreso extraordinario a la carrera Judicial y sin que medie concurso, y por lo tanto, tampoco le asiste razón al demandante.

ARTICULO 38: “Para ser admitido a la Carrera Judicial se exigen los siguientes requisitos **concurrente**:

1. Estar ejerciendo el cargo en propiedad;
2. Haber ejercido cargos dentro del respectivo escalafón, en propiedad o en interinidad **pero con el lleno de los requisitos** constitucionales, por tiempo no menor de tres años.
3. Haber **aprobado el concurso** de ingreso.” (se subraya)

Como puede observarse la disposición exige que estos tres requisitos sean concurrentes, y no aparece demostrado en el expediente que el demandante hubiera superado ningún concurso de ingreso, puesto que precisamente su solicitud fue planteada con base en el medio extraordinario de ingreso a la carrera que desarrolló el decreto 1190 de 1986 ante la ausencia de los concursos de mérito, y por este motivo fue que el artículo 2o. del Decreto 1190, prescindiendo del concurso, prescribió lo siguiente:

“Con la solicitud de inscripción en la Carrera Judicial, los empleados a que se refiere el artículo anterior, deberán presentar

- a) Los documentos que acrediten los requisitos mínimos necesarios para el ejercicio del cargo que desempeñan;
- b) Certificado de buena conducta y eficiencia, que deberá expedir el respectivo Juez al empleado, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que reciba la solicitud;
- c) Fotocopia autenticada del pasado judicial actualizado, expedido por el DAS.
- d) Certificado sobre antecedentes disciplinarios, expedido por la Procuraduría General de la Nación.”

10) Puede concluirse que el actor no estaba amparado en ninguno de los artículos 14, 15 y 38 del Decreto 250 de 1970 como lo afirmó en la demanda, y en cambio si estaba sujeto a las prescripciones de los Decretos Leyes 2464 de 1985 y 1190 de 1986.

11) Como el actor acreditó ante el Tribunal una experiencia de tres (3) años y ocho (8) meses y la aprobación de un año en educación media, deberá verificarse si reunía los requisitos señalados en el artículo 4o. del Decreto 1190. Según esta disposición, se requería tener aprobados cuatro años de educación media y dos años de experiencia, requisitos que el actor no reunía. Sin embargo, podía acogerse a las equivalencias del artículo 5 ibidem por haber ingresado con anterioridad al lo. de septiembre de 1985.

Si se examina que un año de educación media equivalía a un año de experiencia, al tomar de ésta, el año y medio de experiencia acreditado en exceso, solamente completaba un total de dos años de educación media, concluyéndose que mediante el régimen de las equivalencias tampoco alcanzaba a reunir los requisitos exigidos.

12) Como el actor impugnó la Resolución No. 263 de 1987 solicitando se le tuviera en cuenta la experiencia obtenida luego de presentada su solicitud inicial, habrá de decirse que el artículo 10 del Decreto 1190 de 1986 prescribió que el empleado con posterioridad a su solicitud reúna los requisitos establecidos en el artículo 4o. tiene derecho a solicitar su inscripción en la carrera, pero cumpliendo en todo caso con los requisitos previos del concurso. Dijo esta disposición:

ARTICULO 10: “El empleado que se encuentre en la situación anterior, que posteriormente reúna los requisitos establecidos en el artículo

SECCION SEGUNDA

4o. de este decreto, tendrá derecho a solicitar su inscripción en la Carrera, **previo** cumplimiento de los requisitos **sobre concurso** que posteriormente se expidan.” (se subraya)

ARTICULO 9o.: “Mientras el Ministerio de Justicia decide sobre la solicitud de inscripción en la Carrera, el empleado judicial gozará de estabilidad en el cargo que desempeña, en los términos del artículo 3o. del Decreto 2464 del 30 de agosto de 1985.

El empleado que, habiendo efectuado la solicitud de inscripción dentro del término señalado en el artículo 7o. del presente decreto no reúne los requisitos exigidos, ni le fueren **aplicables las equivalencias consagradas en el artículo 5o.** del mismo, así como aquél que no hiciera la solicitud de ingreso a la Carrera Judicial dentro de la fecha señalada, adquiere estabilidad en el cargo hasta el vencimiento del presente período judicial iniciado el 1o. de septiembre de 1985 y no podrá ser removido sino por causas legales, mediante el procedimiento señalado en las normas consignadas en el Decreto Ley 250 de 1970 y demás disposiciones que lo reglamentan, modifiquen o adicionen.” (se subraya)

Por consiguiente, se concluye que como el actor no reunía los requisitos exigidos por la ley al momento de solicitar su ingreso a la Carrera, su solicitud estuvo bien denegada, aunque no con base en los argumentos señalados por el Tribunal, ya que esta Corporación no podía exigirle los requisitos señalados en el Decreto 52 de 1987, norma expedida luego de la solicitud y sin efectos retroactivos.

Sobre este aspecto ya la Sala se había pronunciado mediante sentencia de 30 de mayo de 1991, expediente 3811, con ponencia de la Dr. CLARA FORERO DE CASTRO, en uno de cuyos apartes dijo:

“Para la Sala no hay duda ninguna acerca de que las calidades que debía acreditar el actor a fin de lograr su inscripción como Secretario Grado 9 del Juzgado Promiscuo Municipal de Iquira, Huila, no eran las señaladas en el artículo 41 del Decreto 052 de 1987, sino las previstas en el artículo, 4o. del Decreto 1190 de 1986, hoy vigente; porque mal podía acreditarse el 31 de mayo de 1986 requisitos aún no establecidos.

Según la norma mencionada, para ser Secretario Grado 9 de juzgado de cabecera de Circuito Judicial “y otras sedes” se necesita como mínimo poseer diploma en educación media y tener cuando menos 4 años de experiencia en la rama.

EXP. -3897

Quienes no reúnan el requisito del diploma en educación media pueden compensar 1 año de educación media por un año de experiencia en la rama.

Es decir, que el señor Maje Martínez, que sólo cursó hasta el 5o. año de primaria, necesitaba acreditar, al presentar la solicitud, y no posteriormente, 10 años de experiencia en la rama, para poderse acoger al privilegio de ser inscrito en la Carrera Judicial sin necesidad de concurso.

El Tribunal en los actos acusados y remitiéndose al artículo 41 del Decreto 052 de 1987 en cuanto a requisitos exigidos para ser secretario grado 9 en cabecera de Circuito y Juzgado Territorial manifestó que el peticionario ha debido acreditar 8 años de experiencia en la rama y sólo tenía al momento de presentar la solicitud 7 años y 27 días.

El demandante alega que con un criterio de favorabilidad debía aceptarse el certificado que posteriormente presentó para comprobar más de los 8 años. Ese es también el parecer de la Agencia del Ministerio Público.

La Sala estima que, por tratarse de un beneficio especial que la ley concede a quienes, se encuentran en una determinada situación, no es posible interpretación distinta a la que se desprende de su tenor literal y por tanto para acogerse a él era preciso cumplir al momento de presentar la solicitud, todas las exigencias del artículo 2o. del Decreto 1190 de 1986; y entre ellas está acreditar los requisitos mínimos necesarios para el ejercicio del cargo.

Por esa razón, el artículo 10 del Decreto 1190 de 1986 -hoy derogado por el Decreto 052 de 1987- preveía que quienes no reunieran al tiempo de presentar la solicitud los requisitos del artículo 4o. y los reunieran posteriormente, para ser inscritos en la Carrera deberían superar el concurso.”

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: DENIEGANSE LAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA PROPUESTA POR EL SEÑOR LUIS ALFONSO ZAMBRANO MAYO EN PROCURA DE NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES Nos. 263 Y

SECCION SEGUNDA

494 DE 1987 PROFERIDAS POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA MEDIANTE LAS CUALES SE NEGÓ SU INSCRIPCIÓN EN LA CARRERA JUDICIAL.

Segundo: En firme la presente providencia, archívese el expediente.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Alvaro Lacompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruz, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

Nota de Relatoría: Reitera la sentencia de 30 de mayo de 1991, expediente 3811, ponente Dra. Clara Forero de Castro.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION / NULIDAD EN LA SENTENCIA - Inexistencia

Al efectuar el estudio del escrito de interposición del recurso que ocupa la atención de la Sala, se infiere que el impugnante estima que se configura la aludida causal de revisión en virtud de que el fallador no analizó adecuadamente las pruebas aportadas al proceso y, equivocadamente consideró que por no hallarse el actor, en carrera administrativa "su nombramiento era entonces de libre nombramiento y remoción podía ser declarado insubsistente en cualquier momento sin necesidad de motivar la respectiva providencia. Pero resulta que según la Resolución demandada y que declaró vacante el cargo desempeñado por mi mandante, no es el acto administrativo que el nominador puede dictar en cargos de libre nombramiento y remoción, es un acto administrativo diferente que según el texto literal de la Resolución demandada es el que establecen los Arts. 126 y 127 del Decreto No 1950 de 1973 y por tal circunstancia dicha resolución fue motivada aun cuando el empleado sea de libre nombramiento y remoción". Estos fundamentos de la censura del fallo, obviamente no encajan dentro de los casos en que tanto la jurisdicción ordinaria -Corte Suprema de Justicia-, como la Contenciosa Administrativa -Consejo de Estado-, han señalado como aquellos en que se da la nulidad originada en la sentencia y que se precisan en los apartes del proveído de Sala Plena, antes transcritos. En efecto, al objetar la labor de apreciación que del contingente probatorio hizo el juzgador, en el fondo, se están replanteando los hechos constitutivos del litigio, lo que claramente tienen definido la jurisprudencia y la doctrina no está permitido en el recurso extraordinario de revisión y, de otra parte, la simple lectura del escrito contentivo del recurso

SECCION SEGUNDA

evidencia que los reparos que se formulan a la sentencia referentes a su motivación, no obedecen a que careciera de ella, sino a su desacuerdo con la manera como el Tribunal interpreto o dejó de interpretar la preceptiva jurídica que, según el recurrente, era aplicable al caso debatido. Esta circunstancia constituía hasta la derogación de las normas pertinentes, motivo para interponer el recurso extraordinario de anulación contra sentencias ejecutoriadas proferidas por la jurisdicción contencioso administrativa, pero no para impugnarlas a través del recurso de revisión.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 4092. Recurso de Revisión. Actor: LEOPOLDO SANTACRUZ.

Se decide el recurso extraordinario de revisión interpuesto por Leopoldo Santacruz, mediante apoderado especial, contra la sentencia de 30 de enero de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

El señor Leopoldo Santacruz pidió, al Tribunal anular la Resolución número 0964 y el oficio número AA.-078 del 10 y del 24 de febrero de 1984 respectivamente, originarios del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, mediante los cuales se declaró la vacancia del cargo de Asistente Administrativo Código 4140 grado 10, del Aeropuerto de Leticia que él ocupaba y se dispuso no reponer la decisión administrativa contenida en dicha resolución. Solicitó también, que como consecuencia de tal nulidad, se le restableciera en su derecho.

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal negó las súplicas de la demanda por considerar que no era necesario previamente a la expedición del acto acusado, adelantar en contra del actor proceso disciplinario alguno o solicitar la correspondiente investigación penal, como se sostiene en el libelo, puesto que en el título V del Decreto 1950 de 1973 que regula lo concerniente a la declaratoria del abandono del cargo, no se exige que se lleven a cabo los trámites que echa de menos el demandante,

pues conforme a lo normado en tales disposiciones, a la administración le basta comprobar que se dio el abandono injustificado del empleo por parte del funcionario durante tres días consecutivos, para que validamente pueda disponer su separación del servicio por dicha causal.

De manera que, hallándose demostrado a través de los informes del Administrador del Aeropuerto Internacional Vásquez Cabo de Leticia y del Jefe de la Zona Uno Bogotá que el señor Santacruz dejó de concurrir al trabajo durante los días 16, 17 y 18 y subsiguientes del mes de enero de 1984 y no habiendo acreditado aquel que existieran razones justificativas de su proceder, el fallador estimó que el nominador se hallaba legalmente autorizado para declarar la vacancia del cargo que el actor desempeñaba.

EL RECURSO

Se invoca como causal de revisión la prevista en el numeral 6 del artículo 188 del C.C.A., según la cual el recurso es procedente "Cuando existiera nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso".

Al sustentar la impugnación se citan como transgredidas diversas normas constitucionales y legales y se expone el concepto de violación respectivo. Se expresa además que existe "carencia total de motivación respecto al análisis intrínseco del caso debatido (Resolución No. 0954 de 19 de enero de 1984) por falta de congruencia entre éste y las pruebas correspondientes" (folio 34) y que las pruebas "no fueron analizadas exhaustivamente (sic) por el H. Tribunal al pronunciar la sentencia recurrida". (folio 37)

Finalmente el censor señala que del análisis de los informes médicos que figuran en su historia clínica, se concluye que para el 18 de enero de 1984, "se encontraba en Bogotá en la Caja Nacional de Previsión Social Departamento de Dermatología - Alergia - en consulta médica, por cita previa que se le había hecho, habiéndose presentado para el mismo efecto el 16 del mismo mes de enero de 1984. Por esta razón, es lógico y legal, entender que si en los días 16, 17 y 18 del citado mes de enero de 1984, no se encontraba físicamente frente a su cargo en la ciudad de LETICIA en el Aeropuerto Vásquez Cobo, era porque rigurosamente tenía que estar en Bogotá a cumplir las citas médicas ya que su salud se encontraba delicada, máxime cuando los mismos médicos especialistas le habían dicho que para hacerle un tratamiento adecuado tenía que permanecer en Bogotá por lo menos de 6 a 10 meses. Luego el abandono del cargo que ocupaba en la Aeronáutica Civil en el aeropuerto Vásquez Cobo de Leticia, está plenamente justificado, ya que hubo una fuerza mayor que le impuso la ausencia en esos días". (folios 38 y 39)

SECCION SEGUNDA

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscalía Cuarta del Consejo de Estado, en concepto de 3 de julio de 1990, opina que el recurso no está llamado a prosperar, “ya que la nulidad de la sentencia no se da, en ningún caso, por la evaluación probatoria que haga el juez. Y, aquí, el cargo se relaciona solo con dicho aspecto”. (folios 56 y 57)

Agotadas las ritualidades procedimentales pertinentes y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

Como se dijo, la causal de revisión de la sentencia invocada por el libelista es la contenida en el numeral 6) del Artículo 188 del C.C.A., que hasta la vigencia del Decreto 2304 de 1989, era del siguiente tenor:

“Cuando existiera nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso;...”

Esta Corporación ha precisado el alcance de la expresión **nulidad originada en la sentencia**. Así, en sentencia de 6 de julio de 1988, con ponencia del doctor Julio César Uribe Acosta, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, afirmó:

“En esta materia -(nulidad originada en la sentencia)- los procesalistas están de acuerdo en enseñar que ésta se genera cuando ella se dicta en un proceso terminado anormalmente por desistimiento, transacción o perención, o cuando se condena a quien no ha figurado como parte, o cuando el proveído se profiere estando legalmente suspendido el proceso. Igualmente, cuando la sentencia aparece firmada con mayor o menor número de magistrados, o adoptada con el número de votos diverso al previsto en la Ley. Igualmente, la que provea sobre aspectos que no corresponden ora por falta de competencia, ora falta de jurisdicción. Podría darse también la causal cuando la providencia carece completamente de motivación, pues el artículo 163 de la Constitución Nacional ordena que: “Toda sentencia deberá ser motivada”.

“En esta materia no puede confundirse la nulidad del proceso (Art. 152 del C. de P.C.), con la generada en la sentencia, que sólo admite el manejo fáctico que se ha dejado precisado, en todos los casos en que el fallo no era susceptible de otro recurso”.

Al efectuar el estudio del escrito de interposición del recurso que ocupa la atención de la Sala, se infiere que el impugnante estima que se configura la aludida causal de revisión en virtud de que el fallador no analizó adecuadamente las pruebas aportadas al proceso y, equivocadamente consideró que por no hallarse el señor Santacruz inscrito en carrera administrativa "su nombramiento era entonces de libre nombramiento y remoción podía ser declarado insubsistente en cualquier momento sin necesidad de motivar la respectiva providencia. Pero resulta que según la Resolución demandada y que declaró vacante el cargo desempeñado por demandante Santacruz, no es el acto administrativo que el nominador puede dictar en cargos de libre nombramiento y remoción, es un acto administrativo diferente que según el texto literal de la Resolución demandada es el que establecen los Arts. 126 y 127 del Decreto No. 1950 de 1973 y por tal circunstancia dicha resolución fue motivada aun cuando el empleado sea de libre nombramiento y remoción" (folio 36).

Estos fundamentos de la censura del fallo, obviamente no encajan dentro de los casos en que tanto la jurisdicción ordinaria -Corte Suprema de Justicia-, como la Contenciosa Administrativa -Consejo de Estado-, han señalado como aquellos en que se da la nulidad originada en la sentencia y que se precisan en los apartes del proveído de Sala Plena, antes transcritos.

En efecto, al objetar la labor de apreciación que del contingente probatorio hizo el juzgador, en el fondo, se están replanteando los hechos constitutivos del litigio, lo que claramente tienen definido la jurisprudencia y la doctrina no está permitido en el recurso extraordinario de revisión y, de otra parte, la simple lectura del escrito contentivo del recurso evidencia que los reparos que se formulan a la sentencia referentes a su motivación, no obedecen a que careciera de ella, sino a su desacuerdo con la manera como el Tribunal interpreto dejó de interpretar la preceptiva jurídica que, según el recurrente, era aplicable al caso debatido. Esta circunstancia constituía hasta la derogación de las normas pertinentes, motivo para interponer el recurso extraordinario de anulación contra sentencias ejecutoriadas proferidas por la jurisdicción contencioso administrativa, pero no para impugnarlas a través del recurso de revisión.

Más aún, el impugnador plantea los cuestionamientos a los cuales se hizo mención, sin indicar que se hubiera incurrido en causal de nulidad procesal y menos acreditar su ocurrencia, de manera que debe concluirse que no se da la causal de información del fallo invocada por el recurrente.

Las anteriores consideraciones son suficientes para desestimar la prosperidad del recurso de revisión propuesto.

SECCION SEGUNDA

Por lo expuesto, el Consejo de Estado

FALLA:

Niégrese la revisión de la sentencia de enero 30 de 1987 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, proferida en el proceso entablado por Leopoldo Santacruz a efecto de obtener la nulidad de la resolución número 0964 de 1984 y el oficio número AA-078 del mismo año, originarios del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

Copíese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 29 de abril de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**RENUNCIA - Aceptación / RENUNCIA -Término /ABANDONO
DEL CARGO - Inexistencia**

De conformidad con el artículo 113 del Decreto 1950 de 1973, la fecha en que se haga efectiva la renuncia no puede ser posterior a 30 días de su presentación; y que vencido este término sin que se haya decidido sobre la renuncia, el funcionario dimitente podrá separarse del cargo sin incurrir en abandono. De conformidad con el artículo 62 del C. de R. M. no derogado ni sugrogado por el C. de R.M., los términos de días se entienden hábiles, es decir, no se cuentan los feriados ni de vacancia, al contrario de los de meses, que se computan según el calendario. Cuando es la Administración la que determina la fecha del retiro, esta no podrá ser posterior a 30 días después de presentada la renuncia; pero si es el dimitente el que determina en su carta la fecha, el término de 30 días se ampliará, si es el caso, hasta el día señalado por él, cuando tal día sobrepasa los treinta contados a partir de la presentación.

CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA

El proceso carece de cuantía y la competencia para conocer es del Consejo de Estado de conformidad con el artículo 128 del C.C.A.

Consejo del Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente No. 4216. Autoridades Nacionales. Actora:
GLORIA MARIA URREGO ROJAS.

SECCION SEGUNDA

La señora Gloria María Urrego Rojas, mediante apoderado, y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita ante el Consejo de Estado declarar la nulidad de las resoluciones Nos. 0839 de 1o. de agosto de 1988 y 1339 de 31 de octubre del mismo año, proferidas por el Gerente General del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente -INDERENA- mediante las cuales se declaró la vacancia del cargo de Profesional Universitario 3020-06 del Proyecto Administración de la Dirección Regional Llanos Orientales que desempeñaba la demandante, por abandono del mismo.

HECHOS:

Los expuestos en la demanda pueden resumirse así:

1o. La señora Gloria María Urrego Rojas entró a desempeñar el cargo profesional universitario, con funciones de Jefe Administrativo de la Regional Llanos orientales del INDERENA, el 29 de abril de 1986, habiendo sido nombrada por resolución No. 0311 de 15 abril de ése año.

2o. Desde cuando entró a ejercer sus funciones fue objeto de un trato inadecuado por parte de los empleados de la regional, quienes procuraron entorpecer su labor; y debido a los múltiples problemas que tuvo que afrontar y a la falta de apoyo del Director, su salud mental se vio afectada.

3o. Por esa razón presentó renuncia irrevocable de su cargo el 12 de diciembre de 1986, pero después de conversar con el Jefe de Relaciones Industriales resolvió tomar una licencia para recibir un tratamiento médico y reintegrarse luego a su trabajo.

4o. Habiéndose recuperado y reintegrado a su cargo, los problemas y situaciones conflictivas continuaron, por lo que nuevamente presentó renuncia irrevocable, mediante escrito fechado el 17 de mayo de 1988, recibido ese mismo día en la Jefatura de Archivo y Correspondencia de las oficinas principales del INDERENA en Bogotá.

5o. Con fecha 1o. de junio de 1988 el Gerente General dió contestación a la renuncia mediante oficio No. 05584 en donde se abstenía de aceptarla, al tiempo que le informaba que los hechos narrados por ella para motivar su retiro habían sido puestos en conocimiento del Secretario General y del Jefe de la Sección de Inspección Administrativa, para adelantar la correspondiente investigación.

6o. En carta fechada el 10 de junio de 1988 dirigida al Gerente General y recibida por él el 14 de ese mismo mes y año, reiteró expresamente su decisión de renunciar irrevocablemente.

7o. No habiendo recibido respuesta una vez transcurrido el mes a que hace referencia el artículo 113 del Decreto 1950 de 1973, la señora Gloria María Urrego Rojas procedió a hacer entrega del cargo el 14 de julio de 1988, terminando esa diligencia el día 18 de ese mismo mes y año. La entrega se hizo a una funcionaria de la Regional, toda vez que el Director Regional se abstuvo de recibir el cargo.

8o. Para despejar equívocos, el 18 de julio entregó una carta dirigida al Gerente General, manifestándole que al no recibir respuesta sobre su decisión de retirarse, le hacía llegar copia del Acta de entrega del cargo.

9o. Estando en su residencia en Bogotá, recogió el 2 de agosto de 1988 un recomendado procedente de la Regional del INDERENA fechado el 26 de julio y recibido en Bogotá el 27 del mismo mes, el cual contenía el oficio No.0006710 de 12 de julio de 1988, firmado por el Gerente General del INDERENA, quien le reiteraba su decisión de no aceptarle la renuncia.

10. La Gerencia General del INDERENA mediante Resolución No. 0839 de 1o. de agosto de 1988, demandada, declaró vacante el cargo ocupado por la señora Urrego Rojas, por abandono, a partir del 19 de julio de 1988, invocando para el efecto el INDEREGRAMA No. 137 de 21 de julio de 1988, suscrito por el Director Regional de los Llanos Orientales en donde comunica que la empleada no se presentó a trabajar los días 19, 21 y 22 de julio de 1988.

11. Una vez notificada, dentro del término legal interpuso recurso de reposición contra esa providencia, el cual fue resuelto el 31 de octubre de 1988, por resolución No. 1339, no revocando el acto recurrido; resolución que fue notificada el 7 de diciembre de 1988, quedando así agotada la vía gubernativa.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

De conformidad con el escrito demandatorio, los actos impugnados infringen los artículos 16, 17, 20 y 62 de la Constitución Política anterior; 27 del decreto ley 2400 de 1968; 112 y 113 del decreto reglamentario 1950 de 1973 en concordancia con los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo (fl. 62 cdno. ppal.).

Afirma la parte demandante que en el caso *súb-lite* la administración se encontraba obligada a aceptar aún contra su voluntad, la reiteración de la renuncia

SECCION SEGUNDA

irrevocable que había presentado la actora el 10 de junio de 1988 y a fijar la fecha en que habría de hacerse efectiva, cuyo término no podía ser superior a 30 días, no obstante tratarse de renuncia motivada; que si bien el oficio por el cual se vuelve a negar la aceptación de la renuncia tiene fecha 12, de julio de 1988 apenas llegó a la ciudad de Villavicencio el día 26 del mismo mes, lo que hace ineficaz la decisión adoptada por la administración, pues la demandante podía retirarse del empleo que ocupaba, sin que tal hecho implicara su abandono; que es preciso agregar que el mismo día en que llegó a la Regional de los Llanos Orientales del Inderena dicho oficio, éste fue remitido a la dirección que la actora había dejado de su residencia en la ciudad de Bogotá y recogido por ella el 2 de agosto de 1988 en las oficinas del correo aéreo; que por consiguiente, en ningún momento quiso abandonar el cargo que desempeñaba sino simplemente retirarse de él haciendo uso de las normas legales que así lo permiten; que la resolución acusada No. 0839 de 1988 incurre en falsa motivación, por cuanto la consideración principal y única que tuvo en cuenta hace relación con el Inderegrama No. 137 de 21 de julio de 1988, en el cual se manifiesta que la actora no se presentó a trabajar los días 19, 21 y 22 de ese mes y año; que resulta absurdo que se tenga como documento probatorio de un supuesto abandono del empleo, que da como probada la no asistencia al trabajo el día 22, cuando el Inderegrama esta fechado el día 21; que de otro lado existe una constancia expedida por el Director Regional de los Llanos Orientales donde se sostiene que la demandante ejerció el cargo desde el 29 de abril de 1986 hasta el 19 de julio de 1988 y que hay igualmente otra certificación expedida el 4 de noviembre de ese año por la Jefe de la División de Relaciones Industriales del INDERENA en la cual se afirma que la actora había trabajado hasta aquella fecha, y en cambio, en la resolución impugnada No. 0839 se dice que el día 19 de julio de 1988 la demandante no laboró; que los mismos funcionarios del INDERENA se contradicen entre sí; que en la resolución enjuiciada No. 1339 de 1988 se señala que este organismo dio respuesta oportuna a las cartas de renuncia que presentó la actora, afirmación que es parcialmente cierta, porque respecto de la primera de ellas sí se respondió en tiempo, mientras el segundo oficio que tiene fecha de 12 de julio de 1988, nunca llegó dentro del término legal a conocimiento de la demandante que es apenas lógico que un acto administrativo no puede producir efectos hasta tanto no sea notificado al interesado; que sí el problema del envío de la correspondencia lo originaron situaciones internas de la entidad, esa falla de la administración no puede tomarse como eximente de culpabilidad y perjudicar a la actora; que lo único cierto en este asunto es que el comentado oficio solo vino a ser recibido por ésta el 2 de agosto de 1988, fecha en la que lo recogió de las oficinas del correo aéreo a donde había llegado procedente de la ciudad de Villavicencio (fls. 60 a 67 cdno. ppal.).

En el *libelo* se pidió la suspensión provisional de los actos enjuiciados (fl. 65 *ibídem*), solicitud que fue negada por auto de 7 de junio de 1989 (fls. 69 y 70 *ibídem*), por no hallarse sustentada expresamente como lo dispone el artículo 152 del C.C.A. con la cita de las normas que se estiman infringidas en forma manifiesta.

En la contestación de la demanda y en el alegato de conclusión presentado ante esta Corporación (fls. 153 a 158 y 309 a 313 *ibídem*), la apoderada del Inderena solicita se despachen desfavorablemente las pretensiones de la demanda y plantea las excepciones de falta de competencia del Consejo de Estado para conocer de este asunto y de inepta demanda, pues no se expresó el concepto de violación de las normas que fueron invocadas como infringidas en el *libelo*; dice que se presenta una contradicción entre la acción que se impetra y los fundamentos de derecho en que se apoya; que en el caso *sub-lite* no se cumple con el requisito previsto en el artículo 137 del C.C.A. ; que en este asunto de conformidad con las pruebas aportadas al proceso se evidencia que se produjo el abandono del cargo, por lo que la administración procedió a expedir los actos enjuiciados por la parte actora, toda vez que la demandante sin esperar que transcurrieran los treinta días de que trata el artículo 113 del decreto 1950 de 1973, hizo entrega del empleo el día 18 de julio de 1988, cuando realmente el plazo vencía el 26 de julio de este año, si se tiene en cuenta que según el artículo 62 de la ley 4 de 1913 en los plazos de días que determinan las leyes se deben excluir los festivos y días de vacancia; que en el caso *sub-examine* no era dable aceptar la renuncia motivada presentada por la actora, por ser manifiestamente, violatoria del artículo 111 del decreto 1950 de 1973, circunstancia que viciaba de nulidad administrativo mediante el cual se aceptara la dimisión del cargo; que por esta razón el INDERENA estudió la procedencia de efectuar un traslado, tal como lo expresó el Gerente General del referido instituto descentralizado por oficio No. 6710 de 12 de julio de 1988.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto (fls. 352 a 357 *ibídem*), opina que de acuerdo con el artículo 143, inciso 3, del C.C.A., el proceso debe remitirse al Tribunal Administrativo del Meta por ser el competente para decidir la controversia jurídica planteada por la parte actora, teniendo en cuenta que, aunque no es muy claro que se hubiera ejercitado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con fundamento en los documentos pertinentes, la "*litis*" tiene una cuantía menor de trescientos mil pesos si se atiende al sueldo básico de la actora que es de ciento cuatro mil pesos y que los servicios prestados por ella lo fueron en la ciudad de Villavicencio -Regional Inderena de los Llanos Orientales-.

SECCION SEGUNDA

Cumplido el trámite de ley, se decide previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Estudiará la Sala en primer término lo relacionado con la excepción de falta de competencia de esta Corporación para conocer de este asunto, planteada por la entidad demandada y por la Agencia del Ministerio Público.

Para efectos de determinar la competencia en acciones de nulidad y restablecimiento del derecho el Código Contencioso Administrativo distingue aquellos procesos que carecen de cuantía de los que la tienen.

De los primeros se ocupan el artículo 128 del C.C.A. cuando los actos controvertidos sean del orden nacional; el numeral 2 del artículo 131 del C.C.A. cuando sean del orden municipal y el numeral 3o. del 132 cuando sean del orden departamental o municipal, y deban tramitarse en, dos instancias.

De los procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral con cuantía trata el numeral 6 de los artículos 131 y 132.

De manera pues, que no es posible tomar aisladamente el inciso según el cual, de los procesos sobre actos de destitución, declaración de insubsistencia, revocación de nombramiento o cualesquiera otros que impliquen retiro del servicio conocerán los Tribunales en primera o única instancia según la asignación mensual correspondiente al cargo.

Tal inciso forma parte del numeral que regula la competencia en proceso que tienen cuantía y por lo tanto, en los que no la tienen, de acuerdo al *petitum* de la demanda, no es aplicable. Estos siguen la regla de competencia señalada en los artículos citados, que se refieren a procesos sin cuantía, sean laborables o no.

La actora se limita en el *libelo* a solicitar la nulidad de los actos que declararon vacante el cargo que ocupaba, y no pide ni reintegro al mismo ni pago de sueldos y prestaciones sociales dejados de devengar. Entre otras razones, a juicio de la Sala, por que su retiro del servicio se produjo por voluntad propia, expresada en sus cartas de renuncia, y la declaratoria de vacancia, independientemente de conformidad al derecho, registró el hecho de su no asistencia al trabajo desde el 19 de julio de 1988, hecho corroborado en la demanda cuando la actora afirma que termino de hacer entrega del cargo el 18 de julio de 1988 y viajó a Bogotá.

Es decir, que si se declararan nulos los actos acusados, como consecuencia de esa nulidad no podría ordenarse reintegro al cargo y pago de sueldos y prestaciones, mediando la entrega voluntaria que él le hizo a la autora.

Por lo tanto es preciso admitir que el proceso carece de cuantía y la competencia para conocer es del Consejo de Estado de conformidad con el artículo 128 del C.C.A.

En cuanto al fondo del asunto la Sala observa lo siguiente:

Es necesario dilucidar si el abandono del cargo efectivamente se produjo, teniendo en cuenta que la reiteración de la renuncia la hacía irrevocable y por ende, de obligatoria aceptación como lo prescribe el artículo 112 del Decreto 1950 de 1973.

También, que de conformidad con el artículo 113 del mismo estatuto, la fecha en que se haga efectiva no puede ser posterior a 30 días de su presentación; y que vencido este término sin que se haya decidido sobre la renuncia, el funcionario dimitente podrá separarse del cargo sin, incurrir en abandono.

Consta en el expediente que la demandante presentó renuncia del cargo que desempeñaba, el 17 de mayo de 1988 (fls. 4 a 7 y 252 a 255 cdno. ppal.), y como se infiere de la comunicación que la contiene, dirigida al Gerente General del Inderena, la dimisión no fue una manifestación libre y voluntaria para desvincularse del empleo que ocupaba, por lo que el referido funcionario no le dio trámite, según oficio remitido a la actora el 1o. de junio de 1988 (fls. 16 a 340 *ibídem*).

No obstante lo manifestado por dicho funcionario en el referido oficio, la señora Urrego Rojas reiteró su renuncia en similares condiciones ante el Gerente General del INDERENA mediante comunicación de Junio 10 de 1988, recibida por él el 14 del mismo mes y año, según la demanda, en la cual pidió se dispusiera su separación del cargo a partir del 1o. de Julio de ese año.

A juicio de la Sala, esta nueva comunicación y la primera constituyen una sola renuncia; la carta del 14 de junio es reiteración de la voluntad de renunciar manifestada desde, el 17 de mayo de 1988.

Esta circunstancia ha debido ser tenida en cuenta por la Administración, a fin de observar el término que los artículos 27 del Decreto 2400 de 1968 y 113 del Decreto 1950 de 1973 le conceden para determinar la fecha de retiro cuanto un empleado presenta renuncia.

SECCION SEGUNDA

En efecto, ante la insistencia, el Gerente estaba obligado a aceptarla dentro del término de 30, días contados desde el 17 de mayo de 1988, y la dimitente no podía hacer dejación del cargo sin incurrir en abandono, antes del vencimiento de tal plazo. Surge entonces el interrogante del cómo debe contarse el término de 30 días fijado en el Decreto 1950 de 1973.

De conformidad con el artículo 62 del C. de R.P. y M. no derogado ni subrogado por el C. de R. M., los términos de días se entienden hábiles, es decir no se cuentan los feriados ni de vacancia, al contrario de los de meses, que se computan según el calendario.

Debido a la insistencia en la primera renuncia recibida el 17 de mayo de 1988, el término de los 30 días, hábiles vencía el 29 de junio de 1988. Pero como la señora Urrego en su carta de 14 de junio determinó como fecha para el retiro el 1o. de julio de 1988, hasta ese día podía válidamente responder la Administración.

Esta es la interpretación que la Sala hace de los artículos 27 inciso 3 del Decreto 2400 de 1968 y 113 del Decreto 1950 de 1973. Es decir, que cuando es la Administración la que determina la fecha del retiro; ésta no podrá ser posterior a 30 días después de presentada la renuncia; pero si es el dimitente el que determina en su carta la fecha, el término de 30 días se ampliará, si es el caso, hasta el día señalado por él, cuando tal día sobrepasa los 30 contados a partir de la presentación.

La actora procedió a hacer entrega del cargo el día 14 de julio, -terminando dicha diligencia el día 18-, a una funcionaria de la Regional Llanos Orientales, toda vez que el Director Regional se habla abstenido de recibirle, como se desprende del acta de entrega (fl. 61 *ibidem*).

La contestación ante la insistencia, se hizo mediante oficio fechado el 12 de julio de 1988, remitido a la Regional de los Llanos Orientales según planilla No. 117 el 13 de julio de ese mismo mes y año como se pudo constatar en la inspección judicial practicada en las oficinas del INDERENA en Bogotá

El oficio fue recibido en la Regional el 25 de Julio siguiente y remitido el 26 a Bogotá a la dirección dejada por la actora.

De lo anterior fácilmente se colige que esa respuesta fue extemporánea y -en consecuencia la señora Urrego Rojas, en la fecha en que se retiró del cargo, podía hacerlo legalmente sin incurrir en abandono.

Todo lo anterior lleva a la Sala a concluir que los actos acusados deben anularse.

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

FALLA:

Decláranse nulas las Resoluciones Nos. 0839 de 1o. de agosto de 1988 y 1339 de 31 de octubre de 1988, proferidas por el Gerente General del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente -INDERENA- mediante las cuales declaró la vacancia del cargo de Profesional Universitario 3020-06 del Proyecto Administración de la Dirección Regional Llanos Orientales, que desempeñaba la señora Gloria María Urrego Rojas, por abandono del mismo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y una vez ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 29 abril de 1993.

Diego Younes Moreno, (salva voto); Joaquín Barreto Ruíz, (salva voto); Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA POR
CUANTIA / (Salvamento de Voto)**

Tratándose de asuntos en los cuales se controvertan actos que impliquen retiro del servicio, como evidentemente lo es la declaración de vacancia del cargo, la ley se encarga en norma especial, de regular la competencia. Tal afirmación se desprende del contenido del inciso segundo del literal b), numeral 6o. del artículo 131 del C.C.A. La citada norma regula la competencia, independientemente de que el proceso tenga o no cuantía, atendiendo únicamente al valor de la asignación mensual correspondiente al cargo, que determina que los Tribunales Administrativos conozcan en única o en primera instancia. Para el caso, el artículo en mención, trátase o no de reclamar el pago de algún derecho, cuando se impugnan actos que implican retiro del servicio, tuvo el legislador que utilizar la expresión "Sin embargo", como diciendo aunque no tenga cuantía o cuando no se reclame el pago. De ahí que tratándose de actos que implican retiro del servicio, sea innecesaria la estimación razonada de la cuantía pues la ley ordena que esta se determina por la asignación mensual correspondiente al cargo.

**SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES JOAQUIN
BARRETO RUIZ Y DIEGO YOUNES MORENO**

Referencia: Expediente No. 4216, Actor: GLORIA MARIA URREGO
ROJAS.

Los suscritos Consejeros, se apartan de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, en sentencia de mayo 18 de 1993, dictada en el proceso de la referencia, por las razones que a continuación se exponen:

1) En la referida providencia, se decidió que por tratarse de un asunto en el cual se controvierte un acto administrativo del orden nacional, su conocimiento corresponde a esta Corporación en única instancia. Lo anterior en obediencia, a que la actora en la demanda, no pretende reintegro al cargo ni al pago de lo dejado de percibir, es decir que se trata de una demanda de restablecimiento del derecho, sobre un acto administrativo expedido por una entidad del orden nacional, sin cuantía.

2) No obstante lo anterior, consideramos que, tratándose de asuntos en los cuales se controvierten actos que impliquen retiro del servicio, como evidentemente lo es la declaración, de vacancia del cargo, la ley se encarga en norma especial de regular la competencia. Tal afirmación se desprende del contenido del inciso segundo del literal b), numeral 6o. del artículo 131 del C.C.A.

3) La citada norma regula la competencia, independientemente de que el proceso tenga o no cuantía, atendiendo únicamente al valor de la asignación mensual correspondiente al cargo, que determina que los Tribunales Administrativos conozcan en única o primera instancia.

4) Tan cierto es lo anterior, que la norma en mención comienza su regularización respecto de los casos con cuantía, disponiendo que: La cuantía para efectos de la competencia, se determinará así:

a) Cuando se reclame el pago...

b) Cuando se reclame el pago..."

Para el caso siguiente, el artículo en mención, tratase o no de reclamar el pago de algún derecho, cuando se impugnan actos que implican retiro del servicio, tuvo el legislador que utilizar la expresión "Sin embargo", como diciendo aunque no tenga cuantía o cuando no se reclame el pago.

De ahí que tratándose de actos que implican retiro del servicio, sea innecesaria la estimación razonada de la cuantía, pues la ley ordena que esta se determina por la asignación mensual correspondiente al cargo.

Cordialmente

Joaquín Barreto Ruiz, Diego Younes Moreno.

**CARRERA JUDICIAL / ESCALAFON JUDICIAL /
CONVOCATORIA A CARRERA - Improcedencia**

“Un Juez escalafonado sólo debe volver a concursar cuando pretenda un ascenso y no para los efectos de su eventual nueva elección en el cargo que desempeña”; criterio que se recordó y reiteró en la sentencia del 4 de agosto de 1992, ella para dar término al expediente 4118 y esta vez con ponencia de la Consejera Doctora CLARA FORERO DE CASTRO, frente a la demanda total y en subsidio parcial de idéntica convocatoria en los Distritos Judiciales de Bucaramanga y de San Gil, Santander, donde por la Sala se dijo que “la improcedencia de convocar a concurso a los aspirantes y escalafonados para continuar en el mismo cargo, es un colorario obvio del alcance y significación que el ordenamiento jurídico imprime concepto de carrera administrativa”, pues es inherente a este no sólo el servicio por méritos, sino la relativa estabilidad que está condicionada a la lealtad, eficiencia, honestidad, comportamiento, rendimiento y calidad de trabajo del funcionario calificado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 4261. Autoridades Nacionales. Actor: ERNESTO COLLAZOS SERRANO.

1. Se decide la demanda que en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha intentado ERNESTO COLLAZOS SERRANO, contra el acto de convocatoria a concurso para ingreso o ascenso en los cargos,

de la Carrera Judicial en el período que se inició el 1° de septiembre de 1989 en el Distrito Judicial de Pamplona, Norte de Santander.

El acto acusado (fls. 1-9) proviene del Consejo Seccional de la Carrera del Distrito Judicial del Norte de Santander, en forma conjunta con el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en los cargos de Jueces Superiores, del Circuito, de Menores, Especializados, de Instrucción Criminal, Municipales, Promiscuos y Territoriales, tanto para su ingreso como para su ascenso, y ofrece la información atinente al sistema de inscripción y acreditación de calidades, así como el de sus diferentes fases.

La acusación central y única sustentada en la demanda es la falta de competencia en el funcionario convocante, como quiera que “el Consejo Seccional para la Carrera Judicial en el Norte, de Santander no aprobó, ni siquiera fué sometido a su consideración, el concurso o mejor la convocatoria o concurso para proveer los cargos de Jueces en el Tribunal de Pamplona en relación con el período 1989-1991” (fl. 19), con violación del artículo 17 del Decreto Ley 052 de 1987.

2. La petición de suspensión provisional fué denegada (fls. 24-29), y así tramitada la demanda con la audiencia del Consejo Superior de la Administración de Justicia (fl. 32), del Ministerio de Justicia (fl. 33) y del Presidente del Consejo Seccional de la Carrera Judicial de Norte de Santander (fl. 41 vlto) sin que hubieren postulado en su favor.

3. En su momento se aportó el concepto del Fiscal 4° del Consejo de Estado (fls. 46-47), que repite los asertos de la Sala para denegar la suspensión provisional y pide se nieguen las suplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES:

Como *ab initio* lo sostuvo la Sala en. relación con el cargo de [a incompetencia del funcionario convocante, refiriéndose al artículo 17 del Decreto Ley 052 de 1987 cuyo quebranto se acusó “la norma no exige que la convocatoria sea expresamente aprobada por el Consejo Seccional, cuya función en esta materia se limita a “efectuar las convocatorias” (numeral 2)”, (fl. 28) y, debe añadirse ahora que ningún medio probatorio, desde ese proveído hasta la fecha, ha variado los fundamentos de dicha conclusión, por lo cual debe denegarse ese cargo.

Desde la sentencia del 13 de marzo de 1992 proferida por esta Sección en el expediente 4361 con ponencia del Consejero Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ y con ocasión de similar convocatoria en el Distrito Judicial de Montería,

SECCION SEGUNDA

Córdoba, se dijo que **“un Juez escalafonado sólo debe volver a concursar cuando pretenda un ascenso y no para los efectos de su eventual nueva elección en el cargo que desempeña”**; criterio que se recordó y reiteró en la sentencia del 4 de agosto de 1992, ella para dar término al expediente 4118 y esta vez con ponencia de la Consejera Doctora CLARA FORERO DE CASTRO, frente a la demanda total y en subsidio parcial de idéntica convocatoria en los Distritos Judiciales de Bucaramanga y de San Gil, Santander, donde por la Sala se dijo que **“la improcedencia de convocar a concurso a los aspirantes y escalafonados para continuar en el mismo cargo, es un colorario obvio del alcance y significación que el ordenamiento jurídico imprime al concepto de carrera administrativa, pues es inherente a éste no sólo el acceso al servicio por méritos, sino la relativa estabilidad que está condicionada a la lealtad, eficiencia, honestidad, comportamiento, rendimiento y calidad de trabajo del funcionario calificado”**, que han vuelto ha ser tenidos presentes en la sentencia del 5 de octubre de 1992 en tema similar materia del expediente 4130 y relacionado con los mismos Distritos Judiciales. Con esos pronunciamientos se declaró la nulidad parcial en las dichas convocatorias de algunos aspectos de las denominadas por la convocatoria “opción 1” y “opción 2” por cuanto limitaban ilegalmente contra el mandato del Estatuto de carrera judicial y de los funcionarios escalafonados en particular, sus derechos de estabilidad y permanencia a través de la convocatoria al concurso para proveer los puestos ante el vencimiento del período indicado por la Carta Política a los Jueces en los niveles Municipales y del Circuito.

Observa la Sala que la convocatoria acusada reitera entre las diferentes opciones del aspirante (fl. 4), aquellas otrora anuladas y desde entonces hasta la fecha no han variado las normas que informaron dicha sentencia; las cuales opciones deberán anularse por que desconocen los derechos del Juez escalafonado, al imponerle la obligación de concursar para continuar en el ejercicio de su propio cargo, la “opción 1”, o para su reelección con aspiración a otro en la misma especialidad y Distrito, materia de la “opción 2”.

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

FALLA:

1. Declárase nulo el acto de convocatoria a concurso de la Carrera Judicial correspondiente al Distrito Judicial del Norte de Santander y de Pamplona, expedido por el Consejo Seccional de la Carrera Judicial del Norte de Santander,

en forma conjunta con el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, únicamente en los siguientes apartes:

“V. Inscripción al Concurso

En su totalidad la “OPCION 1: Juez escalafonado que sólo aspire a ser reelegido en su propio cargo”.

La siguiente expresión de la OPCION 2: “Juez escalafonado que aspire a ser reelegido en su propio cargo...”

2. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Esta providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 29 de abril 1993..

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquin Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**CARRERA JUDICIAL / ESCALAFON JUDICIAL /
FUNCIONARIO JUDICIAL - Estabilidad / INSCRIPCION EN
CARRERA - Improcedencia / CALIFICACION DE SERVICIOS**

De conformidad con lo dispuesto en el Título III del decreto 052 de 1987 el ingreso a la carrera judicial o el ascenso en ella deben hacerse mediante un proceso de selección por el sistema de mérito y que la calificación de servicios, entre otras cosas, determina la permanencia o retiro de él y del escalafón en carrera, lo que implica que los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional que hayan accedido a su empleo mediante tales mecanismos, no requieren para su reelección participar en un nuevo concurso, por cuanto para ello, sólo debe tenerse en cuenta la evaluación de sus servicios, pues dos calificaciones insatisfactorias, de acuerdo con el art. 51 *ibidem*, tratándose de funcionarios traen como consecuencia el que no puedan ser reelegidos. La improcedencia de convocar a concurso a los aspirantes ya escalafonados para continuar en el mismo cargo, es un corolario obvio del alcance y significación que el ordenamiento jurídico imprime al concepto de carrera administrativa, pues es inherente a éste, no solo el acceso al servicio por méritos, sino la relativa inamovilidad de quienes así ingresan a ella, estabilidad que está condicionada a la lealtad, eficiencia, honestidad, comportamiento, rendimiento y calidad de trabajo del funcionario calificado. Admitir lo contrario equivaldría a desconocer un escalafonamiento anterior obtenido a raíz de haber superado un concurso previo para el mismo cargo y un período de prueba en el ejercicio de las funciones.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 4404. Autoridades Nacionales. Actor: IGNACIO CASTELLANOS CORREDOR.

En su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., el ciudadano Ignacio Castellanos Corredor pide al Consejo de Estado que:

“Se decrete la NULIDAD de la, “OPCIÓN 1”, del Capitulo V, titulado dieciocho (18) de “INSCRIPCIÓN AL CONCURSO” de la convocatoria al concurso para la provisión de cargos de Jueces Superiores, Jueces del Circuito, Jueces de Menores, Jueces Especializados, Jueces Especiales, Jueces de Instrucción Criminal, Jueces Municipales, Jueces Promiscuos y Jueces Territoriales, para el período constitucional que se iniciará el 1o. de septiembre de 1989, convocatoria hecha por el Consejo Seccional de la Carrera Judicial del Departamento (sic) de Boyacá, aprobada en reunión del día 11 de octubre de 1988.

“La Opción 1”, cuyo decreto de anulación se pretende, dice textualmente: Opción 1: “Juez escalafonado que solo aspire a ser reelegido en su propio cargo” (folio 11 Subrayas de la Sala).

HECHOS

Como fundamento de la acción se relatan los siguientes:

“...6.- Con fecha 11 de octubre de 1988 el Consejo Seccional de la Carrera de los Distritos Judiciales de Tunja y Santa Rosa de Viterbo hizo la convocatoria al concurso “para la provisión de vacantes para el período constitucional que se iniciará el 1o. de septiembre de 1989”. Este es el acto administrativo acusado parcialmente en esta demanda.

“7.- Mediante el referido acto administrativo de convocatoria se obliga a los jueces que están inscritos en el escalafón de la carrera judicial a someterse al concurso cuando solo aspiran a ser reelegidos en su propio cargo, situación no contemplada por el Estatuto de la carrera judicial (Decreto 0052 de 1987). Por otra parte el acto administrativo de convocatoria deja a la sola consideración u opción del respectivo Tribunal la elección del Juez que haya participado en el concurso desnaturalizando en esta forma el concurso de mérito.

SECCION SEGUNDA

“8.- Al hacerse la convocatoria a concurso para opciones o eventos no previstos por el Estatuto de la carrera y hacer caso omiso de las prerrogativas del escalafón y el derecho que éste otorga a los funcionarios bien calificados para ser reelegidos en su propio cargo, el acto de convocatoria acusada infringe los mencionados Arts. 21 y 51 del Decreto 0052 de 1987 en la forma y concepto que se indicará en el acápite correspondiente a esta demanda, a la vez que quebranta las normas supralegales que también serán objeto de análisis en el mismo acápite.

“9.- El quebrantamiento de las normas legales y supralegales aludidas por parte del Consejo Seccional de la Carrera Judicial para los Distritos de Tunja y Santa Rosa de Viterbo mediante el acto administrativo acusado, no solamente lesiona el orden jurídico sino que influye negativamente en la pronta y cumplida administración de justicia al entronizar la inestabilidad de los jueces escalafonados desconociendo las prerrogativas y fines perseguidos por el escalafón y consagrados en el Estatuto de la carrera”.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Como tales se invocan: artículos 2o, 16, 20 de, la C.N. (anterior); artículos 21 y 51 del Decreto 052 de 1987, o Estatuto de Carrera Judicial.

En la argumentación de este acápite se sostiene que al hacer la convocatoria para el juez escalafonado que solo aspire a ser reelegido en su propio cargo “... no solamente se le está dando a la norma un alcance distinto y más amplio sino que se le hace producir efectos de los cuales carece como son los de obligar a concursar a los jueces ya escalafonados que no van a ingresar a la carrera por cuanto ya ingresaron y que tampoco aspiran al ascenso sino que quieren únicamente la reelección en el mismo cargo por virtud de las prerrogativas que le otorga el escalafón”. Y luego se advierte: “Mediante el acto acusado no se respetan las prerrogativas del escalafón y se hace caso omiso del derecho que en forma tácita la norma consagra para ser reelegido en el mismo cargo, pues al establecer el concurso para el evento u opción de que el funcionario aspire a ser reelegido en el mismo cargo, estando ya escalafonado en éste, le está cercenando los derechos que precisamente el Art. 51 citado le otorga” (folios 15 y 16).

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado opina que el fallo debe ser Inhibitorio porque la convocatoria es un acto de trámite que no pone fin a una

actuación administrativa y por tanto no es susceptible de ser demandado ante la jurisdicción.

Se decide, previas estas

CONSIDERACIONES:

Deberá dilucidar la Sala, en primer término, si la convocatoria es un acto susceptible de ser demandado ante la jurisdicción.

Así lo ha considerado esta Sala en numerosas ocasiones al fallar de fondo las demandas presentadas contra convocatorias a concurso de jueces, porque estima que dicho acto fija las pautas a seguir, los lineamientos del concurso y los requisitos que deben acreditar quienes aspiren a concursar. Es decir, es la ley del concurso.

Ciertamente es a la vez el punto de partida y su ley sustancial. Por tal razón la convocatoria no puede confundirse con el desarrollo mismo del concurso; y sus ordenamientos, debiéndose ajustar a las normas superiores que los inspiran, pueden ser sometidos a juzgamiento a través de las acciones pertinentes.

Esclarecido este punto procede la Sala al estudio de fondo de la cuestión planteada. Es decir, si los jueces escalafonados en la Carrera Judicial no deben ser convocados a concurso para la provisión de los cargos que desempeñaban porque tienen derecho a la estabilidad y a ser reelegidos, salvo que han obtenido dos calificaciones insatisfactorias.

Al respecto se observa que conformidad con lo dispuesto en el Título III del decreto No. 052 de 1987 el Ingreso a la Carrera Judicial o el ascenso en ella deben hacerse mediante un proceso de selección por el sistema de mérito y que la calificación de servicios, entre otras cosas, determina la permanencia o retiro de él y del escalafón en carrera, lo que implica que los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional que hayan accedido a su empleo mediante tales mecanismos, no requieren para su reelección participar en un nuevo concurso, por cuanto para ello, sólo debe tenerse en cuenta la evaluación de sus servicios, pues dos calificaciones insatisfactorias, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 51 *ibidem*, tratándose de funcionarios traen como consecuencia el que no puedan ser reelegidos.

La improcedencia de convocar a concurso a los aspirantes ya, escalafonados para continuar en el mismo cargo, es un corolario obvio del alcance y significación que el ordenamiento jurídico imprime al concepto de

SECCION SEGUNDA

carrera administrativa, pues es inherente a éste no sólo el acceso al servicio por méritos, sino la relativa inamovilidad de quienes así ingresan a ella, estabilidad que está condicionada a la lealtad, eficiencia, honestidad, comportamiento, rendimiento y calidad de trabajo del funcionario calificado.

Admitir lo contrario equivaldría a desconocer un escalafonamiento anterior obtenido a raíz de haber superado un concurso previo para el mismo cargo y un período de prueba en el ejercicio de las funciones.

La Sala expuso este criterio en fallo de 13 de marzo de 1992, expediente No. 4361, actor: Juan Alberto Rodríguez Faccetti con ponencia del magistrado Doctor Joaquín Barreto Ruíz, que declaró la nulidad de los apartes de la convocatoria al concurso para jueces del Distrito Judicial de Montería publicada el 24 de agosto de 1988, convocatoria que también disponía que los jueces escalafonados en la carrera judicial debían concursar para la provisión de los cargos que desempeñaban.

En esa ocasión, se dijo lo siguiente:

“... 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 *ibidem*), 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”.

En cuanto hace al derecho del funcionario escalafonado de ser reelegido en el cargo que desempeñaba, resultan igualmente válidos los razonamientos contenidos en la sentencia citada que son del siguiente tenor:

“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 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** resultara 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”.

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:

Es nulo el acto de convocatoria al concurso para la provisión de cargos de jueces para el período constitucional iniciado el 1o de septiembre de 1989, convocatoria, hecha por el Consejo Seccional de la Carrera Judicial del Departamento de Boyacá, aprobada en reunión de octubre 11 de 1988, pero solo en la parte subrayada, que dice “**OPCIÓN 1: “Juez escalafonado que solo aspire a ser reelegido en su propio cargo”**”, perteneciente al Capítulo V titulado INSCRIPCIÓN AL CONCURSO.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

CARRERA JUDICIAL - Estabilidad / ESCALAFON JUDICIAL / DERECHO A REELECCION.

De conformidad con lo dispuesto en el Título III del decreto 052 de 1987 el ingreso a la carrera judicial o el ascenso en ella deben hacerse mediante un proceso de selección por el sistema de mérito y que la calificación de servicios, entre otras cosas, determina la permanencia o retiro de él y del escalafon en carrera, lo que implica que los funcionarios empleados de la rama jurisdiccional que hayan accedido a su empleo mediante tales mecanismos, no requieren para su reelección participar en un nuevo concurso, por cuanto para ello, solo debe tenerse en cuenta la evaluación de sus servicios, pues dos calificaciones insatisfactorias, de acuerdo con lo previsto en el art. 51 *ibidem*, tratándose de funcionarios trae como consecuencia el que no puedan ser reelegidos. La improcedencia de convocar a concurso a los aspirantes ya escalafonados para continuar en el mismo cargo, o un corolario obvio del alcance y significación que el ordenamiento jurídico imprime al concepto de carrera administrativa, pues es inherente a éste, no solo el acceso al servicio por méritos, sino la relativa inamovilidad de quienes así ingresan a ella, estabilidad que está condicionada a la lealtad, eficiencia, honestidad, comportamiento, rendimiento y calidad de trabajo del funcionario calificado. Admitir lo contrario equivaldría a desconocer un escalafonamiento anterior obtenido a raíz de haber superado un concurso previo para el mismo cargo y un período de prueba en el ejercicio de las funciones.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo dieciocho (18) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Doctora Clara Forerro de Castro*

Referencia: Expediente No. 4421 Autoridades Nacionales. Actor: GUSTAVO H. RODRÍGUEZ Y OTROS

El doctor Gustavo Humberto Rodríguez en su propio nombre y en el de los ciudadanos Elvia Luz Lilia Moreno de Ardila, Maria Isabel Camacho Caro, Ana Rosa Martínez Rubio y otros, ejercita ante el Consejo de Estado la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A. para que se anulen los apartes pertinentes del "Acto administrativo del Consejo Seccional de la Carrera del Distrito Judicial de Tunja y Santa Rosa de Viterbo, quien en forma conjunta con el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, expidieron la CONVOCATORIA o concurso de la carrera judicial para ingreso o ascenso a cargos de jueces de la República, con fecha de 25 de octubre de 1988..." (folio 57).

Esos apartes son:

"CONCURSO DE LA CARRERA JUDICIAL PARA INGRESO ASCENSO A CARGOS DE JUECES DE LA REPUBLICA

El Consejo Seccional de la carrera del Distrito Judicial de Tunja y Santa Rosa de Viterbo, en forma conjunta con el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.

CONVOCAN A:

Todos los Interesados para que se inscriban al concurso para la provisión de vacantes para el período constitucional que se iniciará el primero de septiembre de 1989.

PARAGRAFO I.- Los funcionarios vinculados a la rama jurisdiccional interesados en concursar deberán además, inscribirse y participar en los cursos de capacitación por especialidades, ofrecidos previamente al concurso, por la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" en coordinación con los organismos administradores de la Carrera"

"I. EMPLEOS A PROVEER

Jueces Superiores, Jueces del Circuito, Jueces de Menores, Jueces Especializados, Jueces Especiales, Jueces de Instrucción Criminal, Jueces Municipales, Jueces Promiscuos y Jueces Territoriales, en todos los Municipios del Distrito"

SECCION SEGUNDA

“IV. INSCRIPCION AL CURSO

A finales del mes de octubre, la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” a través de la oficina seccional de la Carrera, remitirá a cada uno de los Jueces un manual descriptivo sobre los cursos en el cual se explican sus objetivos, las características de la modalidad semi-presencial, las actividades en las cuales debe participar cada Juez para acreditar su participación y un formulario de inscripción al curso. Este último, debidamente diligenciado se debe entregar o remitir, a la Oficina Seccional del Distrito al cual pertenece el Juez o a la oficina seccional más cercana al municipio donde ejerce, entre el diez y seis (16) de noviembre de 1988 y el veinticinco (25) inclusive del mismo mes y año. Posteriormente se citará a cada Juez a una reunión de iniciación del curso”.

“V. INSCRIPCION AL CONCURSO

Los aspirantes podrán inscribirse al concurso en una de las siguientes opciones:

OPCION 1: Juez escalafonado que sólo aspira a ser reelegido en su propio cargo.

PARAGRAFO 1o. Entiéndase por propio cargo aquel en el cual se está escalafonado, identificado por su número, especialización, categoría y ubicación (Ejemplo: Juez Primero Civil, Municipal de Bogotá), salvo para los Jueces de Instrucción cuyo número, clase (radicado, ambulante o permanente) y ubicación, pueden ser variados discrecionalmente por el Tribunal en el momento de la nominación, sin afectar los derechos del escalafón”.

“VI. CARACTERISTICAS DEL CONCURSO

Los funcionarios escalafonados que concursen para su propio cargo, tendrán un punto por cada dos puntos obtenidos en la evaluación”.

“VIII. ELECCION

El Tribunal elegirá los aspirantes de entre los que hayan aprobado el concurso de acuerdo con el siguiente orden de preferencia:

1. En primer lugar deberán considerar el nombre de quien está escalafonado en el cargo y haya participado en el concurso para su propio cargo.
2. Si el Tribunal decide no elegir a quien participó en el concurso en las condiciones señaladas en el ordinal anterior, deberá considerar el nombre de otros funcionarios de la Rama Jurisdiccional que pertenezcan al escalafón de la Carrera en el momento de la inscripción y hayan concursado y aprobado para dicho cargo con un puntaje superior al obtenido por quien está desempeñándolo.
3. Si el Tribunal decide proveer el cargo con un participante distinto a los mencionados en los ordinales anteriores, sólo podrá elegir a quien haya concursado para dicho cargo y haya obtenido un puntaje superior al de aquellos.

"IX. NOMBRAMIENTO

Quienes sean electos serán nombrados en propiedad y escalafonados en Carrera si al momento de la elección estaban vinculados, a la Rama Jurisdiccional en este mismo carácter como funcionarios de la misma. Los demás participantes en el concurso serán nombrados en período de prueba".

HECHOS

Como fundamento de la acción se relatan los siguientes: Que el acto administrativo acusado convoca y se refiere a todos los jueces del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, de los diferentes niveles y jurisdicciones actualmente escalafonados, los cuales deberán inexplicablemente concursar para poder ser reelegidos, en su propio cargo. Que la decisión del Consejo Seccional de la Carrera del Distrito Judicial de Tunja y Santa Rosa de Viterbo, vulnera flagrantemente todos los principios jurídicos que informan la carrera judicial. Que los apartes acusados desarrollan los mecanismos administrativos que implican que los jueces actualmente escalafonados, deben concursar nuevamente para su propio cargo, lo cual implica en la práctica que no existe la carrera judicial.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como tales se invocan: artículo 162 de la C.N. (anterior); artículos 1o y 51 del D. 052 de 1987.

SECCION SEGUNDA

La infracción del precepto constitucional citado se fundamenta en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de 22 de julio de 1970 del cual el accionante destaca, entre otros aspectos, el relativo a que la carrera judicial se inspira en un concepto dinámico y congruente con las necesidades de la justicia como es la estabilidad por el eficiente cumplimiento de las labores, conciliando los intereses del servicio público con los del personal a él vinculado.

Dice luego que los candidatos para acceder a la carrera judicial deben participar solo en concurso abierto de ingreso o ascenso y no como lo dispone el acto acusado para permanecer en el cargo para el cual está escalafonado el respectivo juez o magistrado. Señala después: "No se entiende cómo puede hablarse de carrera judicial, si al vencimiento del respectivo período el juez escalafonado debe concursar en certamen abierto para su propio cargo, si los demás aspirantes no igualan su puntaje"

Al sustentar la alegada violación de los artículos 1 y 2 del D. 52 de 1987, los actores sostienen que los actos acusados violan el principio de estabilidad al someter a un juez escalafonado a nuevo concurso y 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.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado opina que el fallo debe ser inhibitorio porque considera que la convocatoria es un acto de trámite que no pone fin a una actuación administrativa y por tanto no es susceptible de ser demandado ante la jurisdicción.

Se decide, previas estas

CONSIDERACIONES

Deberá dilucidar la Sala en primer término, si la convocatoria es un acto susceptible de ser acusado ante la jurisdicción.

Así lo ha considerado esta Sala en numerosas ocasiones al fallar de fondo las demandas presentadas contra convocatorias a concurso de jueces, porque estima que dicho acto fija las pautas a seguir, los lineamientos del concurso y los requisitos que deben acreditar quienes aspiren a concursar. Es decir, es la ley del concurso.

Ciertamente es a la vez el punto de partida y su ley sustancial. Por tal razón la convocatoria no puede confundirse con el desarrollo mismo del concurso; y sus ordenamientos, debiéndose ajustar a las normas superiores que los inspiran, pueden ser sometidos a juzgamiento a través de las acciones pertinentes.

Esclarecido este punto, procede la Sala al estudio de fondo de la cuestión planteada, es decir, si los jueces escalafonados en la Carrera Judicial no deben ser convocados a concurso para la provisión de los cargos que desempeñaban porque tiene derecho a la estabilidad y a ser reelegidos, salvo que hayan obtenido dos calificaciones insatisfactorias.

Al respecto se observa que de conformidad con lo dispuesto en el Título III del decreto No. 052 de 1987 el ingreso a la Carrera Judicial o el ascenso en ella deben hacerse mediante un proceso de selección por el sistema de mérito y que la calificación de servicios, entre otras cosas, determina la permanencia o retiro de él y del escalafón en carrera, lo que implica que los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional que hayan accedido a su empleo mediante tales mecanismos, no requieren para su reelección participar en un nuevo concurso, por cuanto para ello, sólo debe tenerse en cuenta la evaluación de sus servicios, pues dos calificaciones insatisfactorias, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 51 *Ibidem*, tratándose de funcionarios traen como consecuencia el que no puedan ser reelegidos.

La improcedencia de convocar a concurso a los aspirantes ya escalafonados para continuar en el mismo cargo, es un corolario obvio del alcance y significación que el ordenamiento jurídico imprime al concepto de carrera administrativa, pues es inherente a éste, no sólo el acceso al servicio por méritos, sino la relativa inamovilidad de quienes así ingresan a ella, estabilidad que está condicionada a la lealtad, eficiencia, honestidad, comportamiento, rendimiento y calidad de trabajo del funcionario calificado.

Admitir lo contrario equivaldría a desconocer un escalafonamiento anterior obtenido a raíz de haber superado un concurso previo para el mismo cargo y un período de prueba en el ejercicio de las funciones.

La Sala expuso este criterio en fallo de 13 de marzo de 1992, expediente No. 4361, actor: Juan Alberto Rodríguez Faccetti con ponencia del magistrado Doctor Joaquín Barreto Ruiz, que declaró la nulidad de los apartes de la convocatoria al concurso para jueces del Distrito Judicial de Montería publicada el 24 de agosto de 1988, convocatoria que también disponía que los jueces escalafonados en la carrera judicial debían concursar para la provisión de los cargos que desempeñaban.

SECCION SEGUNDA

En esa ocasión, se dijo lo siguiente:

“...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”.

En cuanto hace al derecho del funcionario escalafonado de ser reelegido en el cargo que desempeñaba, resultan igualmente válidos los razonamientos contenidos en la sentencia citada que son del siguiente tenor:

“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 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”.

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

FALLA

1.- Declárase nulo el acto de convocatoria a concurso de la Carrera Judicial correspondiente al Distrito Judicial de Tunja y Santa Rosa de Viterbo,

expedido por el respectivo Consejo Seccional de la Carrera Judicial para el período que se inició el 10 de septiembre de 1989, únicamente en los siguientes apartes:

Capítulo I Inscripción al concurso.

Opción 1: Juez escalafonado que solo aspire a ser reelegido en su propio cargo.

2.- PARAGRAFO 1o. Entiéndase por propio cargo aquel en el cual se está escalafonado, identificado por su número, especialización, categoría y ubicación (Ejemplo: Juez Primero Civil, Municipal de Bogotá), salvo para los Jueces de Instrucción cuyo número, clase (radicado, ambulante o permanente) y ubicación, pueden ser variados discrecionalmente por el Tribunal en el momento de la nominación, sin afectar los derechos del escalafón”.

“VI. CARACTERISTICAS DEL CONCURSO

Los funcionarios escalafados que concursen para su propio cargo, tendrán un punto por cada dos puntos obtenidos en la evaluación”.

“VIII. ELECCION

...1. En primer lugar deberán considerar el nombre de quien está escalafonado en el cargo y haya participado en el concurso para su propio cargo.

“2. Si (el Tribunal) decide no elegir a quien participó en el concurso en las condiciones señaladas en el ordinal anterior...”

3.- Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 6 de mayo de 1993.

*Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruíz, Clara Forero de Castro,
Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas*

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

**PERSONAL DOCENTE / PENSION DE JUBILACION-
Reconocimiento / ACUMULACION DE TIEMPO**

El demandante tiene, más de veinte (20) años de servicio en entidades oficiales departamentales y reclama su derecho de pensionarse, según lo reglado, por la Ley 33 de 1985, es decir, con 20 años de servicios y 50 de edad. El primero de dichos requisitos lo satisface; y en cuanto a la edad, está acreditado que nació el 6 de abril de 1938 y por tanto, que cumplió 50 años el 6 de abril de 1988. Ahora bien, como los servicios mencionados los prestó a Departamentos del Cesar y de la Guajira, es pertinente aplicar lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley 6a. de 1945, que dice: “Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo del tiempo en relación con la jubilación, y el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y al salario o remuneración devengados en cada una de aquéllas. Los trabajadores cuyos salarios o remuneraciones se paguen con cargo a fondos especiales que se formen con aporte de varias entidades de derecho público, gozarán de las prestaciones más favorables que éstas reconozcan a sus propios trabajadores, con cargo al mismo fondo especial.” “Cuando se trate de servidores del ramo docente, las pensiones, de jubilación se liquidarán de acuerdo con el promedio de los sueldos devengados durante todo el tiempo de servicio.”

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.z*

Referencia: Expediente No. 4457. Autoridades Departamentales. Actor: ARMANDO VEGA ZABALETA.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 21 de junio de 1.989 por el Tribunal Administrativo del Cesar, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda formulada contra la Resolución 002762 del 12 de septiembre de 1.988, expedida por el Gobernador del Departamento del Cesar.

LA DEMANDA:

El libelo demandatorio (Fls. 5-10), pretende la nulidad del acto acusado por el cual se negó la pensión de jubilación del demandante; en su lugar, que se declare su derecho a esa prestación, junto con el pago de las mesadas pensionales y reajustes legales desde cuando cumplió la edad y el tiempo de servicios requeridos para su disfrute.

Como hechos que sustentan estas pretensiones, se dice que el actor le pidió el reconocimiento de este derecho al Departamento del Cesar, apoyándose en las Leyes 114 de 1913, 37 de 1933 y concordantes, como la 116 de 1928; que acreditó servicios durante más de veinticinco (años) y edad superior a cincuenta, (50) años que hay compatibilidad entre una pensión nacional y otra del orden departamental. Agrega que inicialmente se negó su pedimento y posteriormente se ratificó esa decisión, ante recurso suyo. Así mismo, se afirma que el acto enjuiciado contraría los preceptos legales ya mencionados; y por último, aduce que la vía gubernativa está agotada.

POSICION DE LA PARTE DEMANDADA:

El Departamento del Cesar se constituyó en parte, contestó la demanda y propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y la de la obligación a cargo del demandado.

LA SENTENCIA:

El *a-quo* declaró no probadas las excepciones propuestas y, denegó las pretensiones de la demanda (Fls. 91-105).

Para ello, el Tribunal consideró que el actor estaba pidiendo la denominada "pensión gracia" y ésta no es de cargo del Departamento, sino de la Nación.

SECCION SEGUNDA

EL RECURSO:

Al sustentar el recurso de alzada el demandante precisó que en realidad había pedido una pensión jubilatoria a cargo del Departamento y no de la Nación; y de manera confusa indica que tiene derecho a las dos (2) pensiones porque no existe incompatibilidad en este sentido.

En el término de traslado a las partes el actor repite sus planteamientos y termina diciendo que "si se equivoca la cita de la norma el juez debe aplicar la que corresponda". (Fl. 122).

Posteriormente, presentó un nuevo escrito (FL. 126), en el que afirma que su situación es similar a la que dió lugar a la sentencia dictada por la Sala en el expediente No. 4449, que corresponde al juicio de Rafael Pompilio Rojas, en la cual se falló favorablemente a las peticiones de la demanda.

EL CONCEPTO FISCAL:

La Fiscal Quinto conceptuó que debía confirmarse la sentencia objeto del recurso, en cuanto consideró que se está pidiendo la "pensión gracia" y por ende, la demanda está mal encaminada porque ha debido dirigirse contra la Caja Nacional de Previsión Social y no contra el Departamento del Cesar, lo que configura la omisión del "presupuesto procesal de la legitimación en la causa por pasiva, en el sentido de que la entidad demandada no es la titular para entrar a responder por el derecho solicitado." (Fl. -125).

No habiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a desatar el recurso, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Sea lo primero advertir que contra lo afirmado por el demandante, su caso en verdad no es similar al que dió lugar a la sentencia del 3 de febrero de 1.993 en el expediente No. 4449, Actor: RAFAEL POMPILIO ROJAS.

En efecto, en el caso en discusión, el señor Armando Vega Zabaleta no disfruta ya de la "pensión gracia", sino que lo que persigue es que el Departamento del Cesar le reconozca una pensión de jubilación en razón de los servicios que le prestó al mismo en el ramo docente; y lo que consta sobre el particular es que dichos servicios se cumplieron del 28 de marzo de 1979 al 30 de abril de 1988, esto es, durante nueve (9) años, un (1) mes y tres (3) días,, pero cuando ya la educación había sido nacionalizada.

Así mismo, consta que prestó sus servicios en el Colegio Nacional de Varones de Fonseca, Departamento de la Guajira, entre el 10. de mayo de 1962 y el 15 de abril de 1979; o sea, durante dieciséis (16) años, once (11) meses y catorce (14) días.

Lo anterior implica, entonces, que el demandante tiene, más de veinte (20) años de servicio en entidades oficiales departamentales y reclama su derecho de pensionarse, según lo reglado, por la Ley 33 de 1985, es decir, con 20 años de servicios y 50 de edad.

El primero de dichos requisitos lo satisface; y en cuanto a la edad, está acreditado que nació el 6 de abril de 1938 y por tanto, que cumplió 50 años el 6 de abril de 1988.

Ahora bien, como los servicios mencionados los prestó a Departamentos del Cesar y de la Guajira, es pertinente aplicar lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley 6a. de 1945, que dice:

“Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo del tiempo en relación con la jubilación, y el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y al salario o remuneración devengados en cada una de aquéllas. Los trabajadores cuyos salarios o remuneraciones se paguen con cargo a fondos especiales que se formen con aporte de varias entidades de derecho público, gozarán de las prestaciones más favorables que éstas reconozcan a sus propios trabajadores, con cargo al mismo fondo especial.”

“Cuando se trate de servidores del ramo docente, las pensiones, de jubilación se liquidarán de acuerdo con el promedio de los sueldos devengados durante todo el tiempo de servicio.”

Por lo anterior, aplicando un criterio de favorabilidad, habrá de revocarse la sentencia objeto del recurso y en su lugar, se accederá a 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,

SECCION SEGUNDA

FALLA:

Primero.- Revócase la sentencia apelada, proferida el 21 de junio de 1.989 por el Tribunal Administrativo del Cesar.

Segundo. Declárase nula la Resolución No. 002762 del 12 de septiembre de 1.988, expedida por la señora Gobernadora del Departamento del Cesar, mediante la cual se negó la pensión de jubilación al señor ARMANDO VEGA ZABALETA.

Tercero. Como consecuencia de ello y a título de restablecimiento del derecho, se ordena al Departamento del Cesar reconocer y pagar al señor ARMANDO VEGA ZABALETA, identificado con la cédula de ciudadanía número 1'783.759 expedida en Villanueva (Guajira), una pensión mensual de jubilación equivalente al 75% del promedio de lo devengado durante el año a partir del cual se concede la prestación, que se hará efectiva desde el 7 de abril de 1.988; junto con los reajustes legales correspondientes, y para lo cuál podrá repetir, en la cuota parte que corresponda, contra el Departamento de la Guajira.

Cuarto. El Departamento del Cesar dará cumplimiento a esta sentencia dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A., observando lo contemplado en el artículo 177, *ibídem*.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno; Presidente, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**SINDICATO GREMIAL - Requisitos / TRABAJADOR
INDEPENDIENTE - Inexistencia / PERSONERIA JURIDICA -
Improcedencia.**

Con arreglo a los arts. 353 y 356 del C.S. del T., es viable que trabajadores independientes que pertenezcan a un gremio determinado, funden un sindicato gremial, ya que para ello no se requiere ser trabajador subordinado, como se le exige a quienes funden un sindicato de base, hoy llamado de empresa, o uno de industria. Pero tal posibilidad jurídica no se configura en el presente caso, precisamente porque la calidad de trabajador no está demostrada sino en 4 de los 75 fundadores, lo cual determina que la organización sindical no podía ser de trabajadores como la reconoció el acto acusado al aprobar sus estatutos y la palabra "gremial" de su nombre, destinada por la ley para los sindicatos de aquellos, sean dependientes o independientes.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente No. 4934. Resoluciones Ministeriales Actor: CARLOS ORJUELA GONGORA.

El doctor CARLOS ORJUELA GONGORA presentó demanda ante el Consejo de Estado, en ejercicio de la acción de nulidad, contra la resolución 0434 del 13 de febrero de 1989 proferida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante la cual se le reconoció personería jurídica a la organización

SECCION SEGUNDA

denominada "Sindicato Gremial de Transportadores Terrestres de las Salinas Marítimas de Manaure, Guajira".

En los hechos de la demanda se afirmó que un grupo de personas que de tiempo atrás se dedican al transporte de cosas, especialmente de sal, en las Salinas de Manaure, resolvieron fundar un presunto sindicato gremial de transportadores el 9 de octubre de 1988, habiéndole solicitado a dicho Ministerio el reconocimiento de personería, "como de trabajadores en la modalidad de gremial."; que el Inspector de trabajo y Seguridad Social de Riohacha informó al Superintendente de las Salinas de Manaure la conformación de esa asociación gremial; que dicho Superintendente contestó que ninguna de las personas que figuraban en la lista remitida eran trabajadores de las Salinas de Manaure sino transportadores de sal, quienes tenían celebrados contratos de transporte con el Instituto de Fomento Industrial Concesión Salinas, regidos por el Código de Comercio; que para mayor abundancia acompañó a la contestación, copias de los contratos comerciales; que en ese mismo escrito el Superintendente pidió que se tuviera al Instituto de Fomento Industrial, a través de la entidad denominada Instituto de Fomento Industrial-Concesión de Salinas, como parte impugnadora; que el propio Instituto de Fomento Industrial, por intermedio del Director de la entidad IFI-CONCESION DE SALINAS, le dirigió el 14 de octubre de 1988 una carta en igual sentido al Inspector de Trabajo, señalando su dirección en Bogotá para las notificaciones; que el mencionado Superintendente se dirigió en carta del 18 de octubre de 1988 a los señores Adanies Ibarra y Juan Gómez, presuntos directivos de la organización mencionada, poniéndoles de presente su calidad de transportadores y explicándoles que por esa razón no le era posible expedirles certificación alguna como trabajadores de las Salinas de Manaure, porque evidentemente no lo eran; que al parecer el mencionado Ministerio desestimó tanto la impugnación como los documentos que la respaldaban, mediante providencia de la Jefe de División de Relaciones Colectivas de Trabajo, que nunca le fue notificada ni al Superintendente ni al Director mencionados, ni tampoco al Instituto de Fomento Industrial; que dicho Ministerio expidió el acto acusado, sin tener en cuenta la impugnación formulada y lo que es tanto más grave, sin notificar a quienes legalmente administran las Salinas Nacionales de Manaure; que el acto acusado está viciado de nulidad, por vicios en el trámite administrativo; y porque implica un claro abuso o desviación de poder y contiene una falsa motivación al tener como trabajadores a quienes son personas dedicadas al transporte de cosas y por tanto, comerciantes.

En el capítulo de las normas violadas y concepto de la violación se invocaron los artículos 26 de la Constitución Política de 1886, 10, 20, 981 y 1008 y concordantes del Código de Comercio, 5o., 22, 355, 379 y 382 del Código Sustantivo de Trabajo y 44 del C.C.A.

El concepto de la violación se expuso planteando que el acto acusado infringió el artículo 26 de la Carta fundamental, que establece la garantía del debido proceso, porque el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social desoyó al Instituto de Fomento Industrial, administrador de las Salinas por intermedio de la entidad denominada Instituto de Fomento Industrial-Concesión de Salinas, sin darle curso a su impugnación ni notificarle la providencia que se acusa, privándolo del elemental derecho de defensa.

En relación con el texto del acto acusado relevó el contenido de los artículos 10, 20, numeral 11, 981 y 1008 del Código de Comercio y que habiéndosele enviado al Ministerio copias de los contratos de transporte de cosas (sal), celebrados con los presuntos integrantes del ente sindical, ese organismo debió aplicar esa normatividad y haber negado el reconocimiento de la personería Jurídica de esa organización como sindicato de trabajadores, porque de manera clara, palpable, inequívoca, tenía en sus manos la prueba contundente de que no lo eran, sino que antes bien, eran transportadores, sometidos a las disposiciones del estatuto comercial, porque fuera de ello la ley los considera comerciantes; “Esto es, que si su intención era la de fundar un sindicato éste no podía serlo sino patronal; nunca de trabajadores.”

En lo atinente a la violación de las normas del C.S. del T., después de referirse al contenido de los artículos 5o. y 22, concluye que resulta insólito que el Ministerio del ramo le hubiese aplicado a quienes no son trabajadores, definiciones, reglas y procedimientos típicos y exclusivos de los asalariados; que el artículo 356 de la misma obra clasifica a los sindicatos de trabajadores como de base, de industria, gremiales y de oficios varios, modalidades de asociación procedentes solo para quienes de manera incuestionable son trabajadores, mas no para quienes en realidad son patronos independientes, en su condición de comerciantes o transportadores; que establecida esta circunstancia se ha debido negar la personería invocada; que inclusive ha podido el Ministerio orientar a los peticionarios para que optaran por crear lo que sí es viable para ellos: un sindicato patronal o de patronos; que si, como es evidente, las personas que integraron el sindicato son comerciantes, el artículo 355 *ibídem* le veda a los sindicatos la explotación de negocios o actividades con fines de lucro, lo mismo que el artículo 379 siguiente le prohíbe a los sindicatos de todo orden efectuar operaciones comerciales de cualquier naturaleza, sea que se realicen con los trabajadores o con terceros, de donde se desprende que el acto acusado utiliza como fundamento para reconocer la personería de dicho supuesto sindicato de trabajadores una actividad que la propia ley proscribe para ellos; que si se acepta que es claro que los transportadores que integraron ese sindicato no son trabajadores sino patronos, hay que recordar que el artículo 382 del mismo código le exige a las asociaciones sindicales patronales, indicar en su nombre social su calidad de tal; que la actitud del Ministerio ha generado unos

SECCION SEGUNDA

efectos graves y afirma, a manera de ejemplo, que ocurrieron alteraciones del orden público en Manaure, como consecuencia de las pretensiones de los transportadores de sal de tratar de imponer condiciones de negociación al IFI-Concesión de Salinas en orden a que dicho transporte no se regule por el C. de Co. sino mediante su contrato sindical regido por el C.S. del T., para lo cual han bloqueado las instalaciones de las salinas; y que el Ministerio tampoco cumplió lo ordenado en el artículo 44 del C.C.A., en virtud del cual debió notificarle su proveído al Instituto de Fomento Industrial, directamente o a través de la dependencia denominada IFI-CONCESION DE SALINAS.

La parte demandada se opuso a las pretensiones del actor alegando que de acuerdo con la Constitución Política (artículos 46 y 44) y el artículo 353 del C.S. del T., el Estado garantiza a los patronos, a los trabajadores y a todo el que ejerza una actividad independiente el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos; que el transporte terrestre de sal a que se dedican en forma personal y habitual los afiliados al sindicato constituye, según las definiciones de gremio, profesión y oficio del Diccionario de la Real Academia de la Lengua y de sindicato gremial del tratadista de la Cueva, un oficio, profesión o especialidad que los habilita para asociarse y adoptar la clasificación contenida en el literal c) del artículo 356 del C.S. del T.; que el reconocimiento de personería jurídica como sindicato de trabajadores de clase gremial efectuado por el acto que se acusa, fue acorde a las normas laborales y no podía ser como sindicato de patronos, por cuanto este está conformado por personas naturales o jurídicas que por medio de contratos vinculan a otras personas naturales para la realización de una determinada labor; que es el mismo demandante quien afirma que los transportadores terrestres de las Salinas Marítimas de Manaure, ejercen su actividad en forma independiente, no tienen vínculo laboral con el Instituto de Fomento Industrial Concesión de Salinas, sino que celebran con esta entidad contrato de transporte que se rige por las disposiciones del Código de Comercio; que es equivocada la apreciación del actor en el sentido de que como los afiliados al sindicato celebran con dicho Instituto contratos de transporte, la organización sindical ejerce actividades de lucro, violando el mandato del artículo 355 del C.S. del T., porque no puede confundirse la actividad de las personas jurídicas con las de las personas naturales que las integran.

El concepto del Ministerio Público. La fiscalía Quinta de la Corporación conceptuó que del análisis de los efectos de la nulidad que se impetra, se concluye que de prosperar “existe un restablecimiento automático cual sería que “Las Salinas Marítimas de Manaure” de la Guajira quedaran sin agremiación sindical.” y que como la demanda no se presentó dentro del término de caducidad de la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho, la acción estaría caducada, lo cual debe conducir a una decisión inhibitoria.

Para resolver, se considera:

1. En lo referente a la caducidad de la acción que plantea el Ministerio Público, observa la Sala que al prosperar la nulidad del acto que le reconozca la personería jurídica a un sindicato, de la clase que sea, tal pronunciamiento no restablece automáticamente derecho alguno de las personas naturales o jurídicas con las cuales dicha organización podría relacionarse jurídicamente, por la potísima razón de que el derecho a que nazca una organización sindical con la cual pudieren establecerse relaciones, no existe en el campo jurídico.

Desde luego, sociológicamente hablando, no es lo mismo para los sindicatos de trabajadores o para estos individualmente considerados que existan sindicatos de patronos a que no existan y para los patronos o los sindicatos de patronos que existan los sindicatos de trabajadores a que no existan. Pero su inexistencia, como se dijo, no configura derecho alguno.

Luego, la acción de nulidad formulada por el demandante, no es de aquellas que de prosperar restablecen automáticamente un derecho, por lo cual se concluye que la acción no caducó.

2. Respecto del fondo del asunto, después de estudiar la Sala el acto acusado, los antecedentes que sirvieron de fundamento a su expedición que obran en el expediente, los Estatutos de la organización sindical y las demás pruebas, llega a las siguientes conclusiones:

a) En el año de 1988 en que se reunieron los fundadores de la organización sindical, 73 de los asistentes tenían celebrado contrato de transporte con el IFI-CONCESION DE SALINAS. No obra igual contrato con las otras dos personas naturales que concurrieron a la fundación, las señoras Bélgica Paulina Meza de Mercado y María Ipuana (documentos empastados)

b) En el respectivo contrato quedó estipulado no solo el número de la placa del vehículo en el cual se debe transportar el producto, sino el nombre e identificación del conductor.

De aquellos 73 contratistas solo 4 eran igualmente los respectivos conductores (contratos foliados bajo los números 2, 32, 78 y 82). Vale decir, que los restantes 69 vehículos son conducidos por personas diferentes a quienes celebraron los contratos y constituyen la organización sindical.

c) Los Estatutos de la organización sindical dispusieron en su artículo primero, que estaría formada por trabajadores que ejerzan el oficio de

SECCION SEGUNDA

Transportadores Terrestres de Sal Marítima en Manaure, siendo una organización de primer grado y gremial (fl. 113).

d) Con arreglo a los artículos 353 y 356 del C.S. del T., es viable que trabajadores independientes que pertenezcan a un gremio determinado, funden un sindicato gremial, ya que para ello no se requiere ser trabajador subordinado, como se le exige a quienes funden un sindicato de base, hoy llamado de empresa, o uno de industria.

e) Pero tal posibilidad jurídica no se configura en el presente caso, precisamente porque la calidad de trabajador no está demostrada sino en 4 de los 75 fundadores, como ya se analizó, lo cual determina que la organización sindical no podía ser de trabajadores como la reconoció el acto acusado al aprobar sus estatutos y la palabra "gremial" de su nombre, destinada por la ley para los sindicatos de aquellos, sean dependientes o independientes.

f) La Sala no tiene necesidad de estudiar los otros presuntos vicios del acto acusado que se denuncian en la demanda, para declarar la nulidad impetrada.

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 0434 del 13 de febrero de 1989 proferida por el MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, por medio de la cual le reconoció personería jurídica a la organización sindical denominada "Sindicato Gremial de Transportadores Terrestres de las Salinas Marítimas de Manaure, Guajira".

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 6 de mayo de 1993.

EXP.- 4934

*Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruíz,
Alvaro Lecompte Luna (ausente), Dolly Pedraza de Arenas, Pedro Chárria
Angulo, Conjuez.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**CARRERA JUDICIAL / ESCALAFON JUDICIAL - Inexistencia /
NOMINADOR - Facultad / PERIODO JUDICIAL /
NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD**

La carrera judicial, tal como está concebida por el Decreto 052 de 1987 es una carrera de período que otorga a los escalafonados en ella estabilidad dentro del período en mención y una vocación a la reelección, siempre que su comportamiento y rendimiento, calificados en legal forma sea satisfactorio, como ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 25 de junio de 1987, al conocer de la demanda de inexecuibilidad del decreto. Por otra parte, aun cuando el estatuto de carrera dispuso un ingreso al servicio en riguroso orden de resultados del concurso, estas prescripciones fueron declaradas inexecutable por el alto Tribunal, por eliminar la posibilidad de elección por parte del nominador. El estricto orden dijo la Corte, distorsiona “el objeto del concurso, al que da lugar el artículo 162 de la Constitución, pero que se establece como medio para seleccionar los elegibles entre los cuales el nominador dentro de la autonomía que la Carta le otorga (artículos 156, 157 y 158 en cuanto a la Administración de Justicia, 144 y 146 del Ministerio Público) escogerá a quien haya de nombrar...” Por otra Parte, el hecho de haber concursado y haber quedado como único elegible, le daba el derecho a que su nombre fuera considerado para la elección, pero no el derecho de ser elegido, pues dada la autonomía de la corporación a cuyo cargo estaba la elección, a la cual se refiere la Corte Suprema de Justicia (artículo 157 C.N. 86) la votación podía no favorecerlo, como efectivamente ocurrió al no obtener sino dos de los seis votos posibles. Y no habiendo sido elegido el demandante, procedía el nombramiento de su reemplazo que, como obra en autos, no fue en propiedad sino en provisionalidad, toda vez que el favorecido

no se encontraba en la lista de elegibles, por haber concursado para otro cargo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 5130. Autoridades Nacionales. Actor: ALFREDO DE LA OSSA BUELVAS.-

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 22 de mayo de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

LA DEMANDA:

Se solicita en la demanda la nulidad del Acuerdo No. 27 de 30 de Junio de 1988, por el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Córdoba no reeligió al actor en el cargo de Juez 1o. Civil del Circuito de la ciudad de Montería, a lo cual tenía derecho y, en su lugar, se, designó al doctor Manuel F. Tuirán Landero (folio 1).

Como disposiciones violadas el libelo cita los artículos 162 y 148 de la Constitución Política anterior; artículos 1, 2, 41 inciso 2 del decreto 250 de 1970;., artículos 1, 5, 8, 10 ordinal 2, 13 numeral 7, 21, 29, 30, 51 inciso 2, 55 literal a), 60, m, 62 del decreto 052 de 1987; Acuerdo 03 de agosto de 1987, modificado por el Acuerdo 04 de 28 de agosto del mismo año, expedidos por el Consejo Superior de la Administración de Justicia "en la redacción definitiva el 03, resultó violado en los siguientes artículos: 2, parágrafo I; 3; 5, parágrafo II, en concordancia con el inciso 1; 16, especialmente lit. b." (folio 4).

El concepto de la violación hace referencia a que de conformidad con las normas que regulan la carrera judicial, el demandante estaba amparado por el derecho a la reelección, pues se venía desempeñando como titular en propiedad para el empleo al cual aspiró y además concursó logrando un excelente puntaje; que nunca fue calificado de manera insatisfactoria y jamás fue objeto de alguna clase de sanción disciplinaria ni de otra índole; que el reemplazo apenas alcanzó 50 puntos mientras el actor acumuló la respetable cifra de 68 puntos, por lo que la violación en el caso *sub-lite* es manifiesta y patente de lo estatuido en el artículo 16 del Acuerdo 03 de 14 de agosto de 1987; que el reemplazo no satisfizo los requerimientos legales señalados en el artículo 41, inciso 2 del decreto 250 de 1970, razón por la cual la autoridad nominadora no

SECCION SEGUNDA

podía designarlo para el cargo; que está actuó con el afán de excluir del servicio al demandante a entera discrecionalidad como si la carrera judicial no existiera, cuando en este asunto tenía su competencia reglada, pues debía atenerse a la lista de elegibles, regirse por el sistema de méritos, reelegir al titular en propiedad y en el evento de que fuera de ley nombrarle reemplazo con persona concursante que hubiera acumulado un puntaje superior al del demandante; que así las cosas se configuró la desviación de poder en el acto acusado de la corporación que lo profirió, ya que los móviles que lo originaron no fueron ni pudieron ser el interés general como tampoco los fines de la carrera judicial ni los de la justicia (folios 4 a 8).

LA SENTENCIA:

El Tribunal, por decisión mayoritaria, no accedió a las súplicas de la demanda.

El *a-quo* expresó que, en el caso *sub-judice*, no obstante en el proceso reposa un certificado expedido por el Director Seccional de la Carrera Judicial en cuanto que el demandante está inscrito en la carrera, tal circunstancia no significa que este se encontrara escalafonado en ella, pues no se aportó al proceso el acto administrativo que lo acredite; que el decreto 2400 de 1986 estableció los requisitos que debían acreditarse para tener, derecho a la inscripción, norma que fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, razón por la cual revivieron las disposiciones anteriores relacionadas con la misma materia como lo es el decreto 250 de 1970, artículo 38, que determina los requisitos para ingresar a la carrera judicial, entre los que está aprobar el concurso de ingreso previsto en el artículo 162 de la Carta de 1886; que como ninguno de los actuales funcionarios vinculados a la rama Jurisdiccional ingresó por concurso, no es dable acceder a las peticiones de escalafonamiento formuladas por ellos en aquella fecha que la elección de jueces corresponde a la Sala plena de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, debiéndose obtener para ser elegido las dos terceras partes de los votos que integran los tribunales; que para hacer la elección de jueces se deben tener en cuenta distintos factores y que en atención a ellos cada uno de los magistrados que participa en la elección emite su voto; que resulta claro que si los tribunales actúan en órbita diferente se apartan de los fines previstos en la ley y el acto así dictado está viciado, pero el demandante se encuentra obligado a probar que el tribunal respectivo se separó de tales fines; que en el caso *sub-examine* no existe prueba que indique que los magistrados que participaron en la elección actuaron con propósitos distintos a los consagrados en la Constitución Nacional y la ley; que el acuerdo 03 de 1987 señala de manera potestativa y no imperativa para el tribunal reelegir al funcionario que se encuentra en ejercicio del cargo; que por consiguiente el nominador no está obligado a reelegirlo; que es preciso recordar que las

expresiones del artículo 29 del decreto 052 de 1987 que establecían que una vez en firme la calificación se procedería al nombramiento en estricto orden de resultado y en riguroso orden de mérito fueron declaradas inexecutable; que la desviación de poder alegada por el actor no fue demostrada en el proceso, ya que no se probó que el tribunal, al no reelegir al doctor Alfredo De la Ossa Buelvas haya tenido un fin distinto de la recta administración de Justicia (folios 294 a 310).

LA APELACION:

En el extenso escrito contentivo del recurso de apelación afirma el recurrente, entre otras cosas, que cabe anotar que la Procuraduría General de la Nación elevó pliego de cargos contra los magistrados del tribunal que intervinieron en la elección que dio origen al acuerdo; que la violación de las normas a que debía sujetarse el acto y la desviación de las atribuciones propias del tribunal que lo dictó fueron las causales de nulidad formuladas en el libelo; que no se tuvo en cuenta por el magistrado ponente del fallo recurrido que el reemplazo del actor no figuraba en la lista de elegibles para el empleo de Juez 1o. Civil del Circuito de Montería; que en el campo de la causal de violación de las normas a que debía sujetarse el acto impugnado, desde ningún punto de vista es aceptable que su prosperidad dependa, como lo pretenda el fallo recurrido, de fines o motivos desviados en el organismo productor del acto, lo cual repugna a la técnica jurídica más elemental, por lo que la sentencia incurrió en una evidente impropiedad; que no obstante la declaratoria de inexecutable a que hace referencia el *a-quo*, no es menos cierto que en su parte estructural el decreto 052 de 1987 quedó vigente, por lo que la carrera judicial, por dicha declaratoria no puede quedar convertida en un rey de burles; que el efecto lógico de la declaratoria de inexecutable de las expresiones “estricto orden de resultados” y “riguroso orden de mérito” es el de que habiéndose aprobado por varias personas el concurso, la autoridad nominadora puede, en principio, elegir entre la lista de elegibles a cualquiera de los aprobados, ya que lo que se eliminó fue el tener que observar irrestrictamente el orden del resultado, pero de manera alguna que éste fuere irrelevante o nugatorio; que en el caso sub-judice el demandante se hallaba en propiedad en el cargo durante seis años, aspiró a la reelección, fue inscrito en el concurso y aparecía en lista como único elegible; que su reelección encontraba amparo en las disposiciones que rigieron el primer concurso y la convocatoria para el ingreso a la carrera judicial; que el fallo recurrido no se ajusta a los criterios señalados por la Corte Suprema de Justicia ni con las directrices trazadas por los órganos principales de la carrera judicial; que el demandante tenía derecho a ser reelegido en el cargo que venía desempeñando en propiedad y en evento de no serlo a ser sustituido únicamente por concursante que lo superara en puntaje; que al contrario de lo expuesto en el fallo apelado la situación del actor estaba perfectamente tipificada en el

SECCION SEGUNDA

artículo 38 del decreto 250 de 1970, norma que recobró su vigencia por la declaratoria de inexecutable del artículo 207 del decreto 2400 de 1986, según lo sostiene el tribunal del conocimiento; que otra observación a la sentencia apelada se halla en la consideración de lo que denomina formación del íntimo convencimiento, que asume como absolutamente discrecional y autónomo en su proceso; que para el momento de la elección se encontraba vigente el decreto 052 de 1987, por lo que la formación del íntimo convencimiento debe fundamentarse en factores más objetivos, pues en ello consiste el denominado sistema de méritos que informa la carrera judicial; que la elección acusada se produjo el 30 de junio de 1988, un año antes de la expedición del decreto 1888 de 1989, motivo por el cual no era aplicable en este asunto el embleco de lo que se ha dado en llamar "la reserva moral" introducida en el literal h) del artículo 3 del citado decreto; que respecto de la desviación de poder en los eventos de esta causal se estructura un auténtico caso de simulación, bajo los ropajes de un acto aparentemente legal se oculta uno ilegal y que la prueba reina en materia de simulación es la indiciaria, por razones suficientemente conocidas (folios 312 a 324).

EL CONCEPTO FISCAL:

La señora Fiscal Noveno del Consejo de Estado en su concepto de fondo opina que el fallo debe ser revocado para que se acceda parcialmente a las peticiones del escrito demandatorio, puesto que como lo dice el demandante el acto impugnado infringe especialmente los artículos 1, 5, 21, 22 y 29 del decreto 052 de 1987; asimismo, los acuerdos 03 y 04 del Consejo Superior de la Administración de Justicia y la convocatoria que hizo el Tribunal Superior y el Consejo Seccional de la Carrera del Distrito Judicial de Montería; que el tribunal no cumplió con las normas a que debía sujetarse para la designación del Juez 1o. Civil del Circuito de Montería, porque la persona que reemplazó al actor no obtuvo porcentaje superior al logrado por este, tal como lo exige el artículo 16 del citado Acuerdo 03; que a partir de la implementación de la carrera judicial el nombramiento de los jueces se convirtió en una facultad reglada por la ley y los actos reglamentarios no pueden desconocerse por el nominador; que no se trata de elegir a una persona predeterminada, sino que el nominador debió escoger entre los concursantes que hubieran obtenido un puntaje superior al alcanzado por el juez que ocupaba el cargo en propiedad; que en el caso sublite se observa los mayores méritos del demandante no sólo por el puntaje, sino como lo asevera el *a-quo*, en razón a que existe prueba abundante de que el actor era un funcionario competente, honesto y dedicado a sus labores judiciales; que el marco legal de la carrera judicial no determina el derecho a la reelección, pero sí establece prelación para la escogencia de los concursantes, acorde con los Acuerdos del Consejo Superior de la Administración de Justicia; que está plenamente probado que el Tribunal Superior de la ciudad de Montería desconoció

el artículo 63 del decreto 250 de 1970; que se debe acceder a las pretensiones del libelo desde el 1o. de agosto de 1988 hasta el 31 de agosto de 1989 fecha en la cual dejó de desempeñar el empleo y en las que venció el período 1987-1989, es decir, en otros términos, no es viable acceder a la petición número 2 de la demanda, por encontrarse vencido, el período dentro del cual gozaba el demandante de protección legal y constitucional para el reintegro al cargo (folios 340 a 347).

Admitido el recurso de apelación por auto de 22 de mayo de 1990 (folio 329), cumplido el trámite de rigor de la segunda instancia y no observándose causal de nulidad procesal, se procede a resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar en el caso *sub-judice* la legalidad del Acuerdo No. 27 de 30 de junio de 1988, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Departamento de Córdoba no reeligió al demandante en el empleo de Juez 1o. Civil del Circuito de la ciudad de Montería y designó en dicho cargo al doctor Manuel F. Tuirán Landero, en provisionalidad.

La carrera judicial, tal como está concebida por el Decreto 052 de 1987 es una carrera de período que otorga a los escalafonados en ella estabilidad dentro del período en mención y una vocación a la reelección, siempre que su comportamiento y rendimiento, calificados en legal forma sea satisfactorio, como ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 25 de junio de 1987, al conocer de la demanda de inexequibilidad del decreto.

Por otra parte, aun cuando el estatuto de carrera dispuso un ingreso al servicio en riguroso orden de resultados del concurso, estas prescripciones fueron declaradas inexequibles por el alto Tribunal, por eliminar la posibilidad de elección por parte del nominador. El estricto orden dijo la Corte, distorsiona “el objeto del concurso, al que da lugar el artículo 162 de la Constitución, pero que se establece como medio para seleccionar los elegibles entre los cuales el nominador dentro de la autonomía que la Carta le otorga (artículos 156, 157 y 158 en cuanto a la Administración de Justicia, 144 y 146 del Ministerio Público) escogerá a quien haya de nombrar”.

En el caso que ocupa a la Sala, el accionante no probó que se encontraba escalafonado en la carrera judicial, y por el contrario aparece que no lo estaba, como puede colegirse de los documentos que obran a folios 118 y 147, en el primero de los cuales el Secretario General del Tribunal Superior de Montería afirma que “para las elecciones del año de mil novecientos ochenta y siete (1987), ningún Juez de Córdoba estaba escalafonado” y en el segundo, el

SECCION SEGUNDA

Presidente y Secretario del Consejo Superior de la Administración de Justicia informan mediante circular de 11 de mayo de 1988, que "Como ninguno de los actuales funcionarios vinculados a la Rama Jurisdiccional ingresó por concurso, no es posible acceder a las solicitudes de escalafonamiento formuladas por éstos".

Ello indica a la Sala que el recurrente no puede alegar la vocación a la reelección que otorga el estatuto de la carrera a sus escalafonados.

Por otra Parte, el hecho de haber concursado y haber quedado como único elegible, le daba el derecho a que su nombre fuera considerado para la elección, pero no el derecho de ser elegido, pues dada la autonomía de la corporación a cuyo cargo estaba la elección, a la cual se refiere la Corte Suprema de Justicia (artículo 157 C.N. 86) la votación podía no favorecerlo, como efectivamente ocurrió al no obtener sino dos de los seis votos posibles.

Y no habiendo sido elegido el demandante, procedía el nombramiento de su reemplazo que, como obra en autos, no fue en propiedad sino en provisionalidad, toda vez que el favorecido no se encontraba en la lista de elegibles, por haber concursado para otro cargo.

No encuentra por tanto la Sala que la no elección del impugnante haya violado las disposiciones constitucionales y legales invocadas en la demanda y tampoco las instrucciones de la Corte Suprema de Justicia, como quiera si ciertamente las circulares 3 y 4 de 1987 previeron que el funcionario que viniera desempeñando el cargo en propiedad, podía "ser elegido a Juicio del nominador" y que en el "evento de no ser reelegido, sólo podrá ser reemplazado por concursante que haya obtenido un puntaje superior" estas instrucciones como aparece obvio, eran observables en casos en que hubiere más de un elegible en 0006545655 la lista, no en el de único elegible, que es el caso *sub-judice*, en el cual, no elegido el que venía desempeñando el cargo, no había opción diferente a elegir en provisionalidad.

Finalmente, como bien lo estimó el Tribunal el cargo de desvío de poder no tiene respaldo probatorio en el proceso, el hecho de que los integrantes del Tribunal no hubieren votado en favor del demandante no es indicativo de que persiguieran fines contrarios a derecho. El voto es autónomo y secreto, luego a menos que aparezca prueba en contrario, debe presumirse emitido en regular ejercicio de la función nominadora constitucional.

En mérito de lo expuesto la Sala, separándose del concepto del Ministerio Público, habrá de confirmar 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,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada de 22 de mayo de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba en el proceso instaurado por Alfredo De La Ossa Buelvas, en orden a obtener la nulidad del Acuerdo No. 27 de 30 de junio de 1988 expedido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la ciudad de Montería.

Acéptase la renuncia al poder presentado por el Doctor HERNANDO HERRERA VERGARA, de acuerdo con memorial obrante a folio 350.

Acéptase actuar al accionante en su propio nombre, conforme a la manifestación que obra a folio 350.

Comuníquese telegráficamente la parte resolutive de esta providencia, de acuerdo con lo solicitado y a la dirección obrante a folio 360.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA / EMPLEADO
OFICIAL / RETIRO POR DERECHO A PENSION - Improcedencia
/ CONSENTIMIENTO / TRANSITO DE LEGISLACION / LEY EN
EL TIEMPO / EDAD DE RETIRO FORZOSO.**

El actor informó al Contralor General de la República que estaba adelantando los trámites respectivos para obtener su pensión de jubilación por haber cumplido los requisitos legales exigidos para el efecto y que las resoluciones impugnadas fueron expedidas con posterioridad a la vigencia de ley 33 de 1985, por lo que en este asunto era necesario contar con el consentimiento expreso y escrito del actor para que la entidad donde prestaba servicios pudiera proceder a desvincular al demandante de la administración, ya que para la época en que se dictaron tales actos administrativos el actor no contaba con 60 años.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente No. 5307. Autoridades Nacionales. Actor: LUIS ALFREDO HUERTAS GUTIERREZ.

El señor Luis Alfredo Huertas Gutiérrez, interpuso por medio de apoderado, recurso de apelación contra la sentencia de 11 de junio de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Admitido el recurso de apelación por auto de 8 de octubre de 1990 (folio 90), no observándose causal alguna de nulidad procesal y efectuado el trámite correspondiente, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La parte actora, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la declaración de nulidad de las resoluciones Nos. 02210 de 24 de abril de 1986 y 03206 de 20 de junio 1985, proferidas por el señor Contralor General de la República, por las cuales se retiró de manera definitiva del servicio al demandante que se encontraba vinculado al citado organismo, y como consecuencia, solicitó ser reintegrado al mismo cargo, o a otro de igual o superior categoría, al. pago actualizado de los emolumentos dejados de percibir y se le reconozca para todos los efectos legales, que no hubo solución de continuidad en la prestación de los servicios (folios 11 y 12).

Como disposición violada la demanda cita el artículo 1 de la ley 3 (Sic) de 1985 (folio 15).

El *a-quo*, en la sentencia apelada, denegó las súplicas de la demanda, manifestando que el actor había reunido los requisitos para obtener la pensión de jubilación y había dado aviso de dicha circunstancia a la entidad nominadora el 23 de febrero de 1983, acorde con las normas del régimen especial para los funcionarios de la Contraloría General de la República establecido en los decretos 929 y 937 de 1976; que el demandante fue promovido a otros empleos y solo después de más de dos años fue desvinculado del servicio por motivos de jubilación, como consecuencia de los actos administrativos, enjuiciados; que la disposición citada como infringida en la demanda determina en sus parágrafos 2o. y 3o. un régimen transitorio para las personas que hubieren reunido los requisitos señalados con antelación a la expedición de la ley, como sucede en el caso *sub-lite*; que la norma no aumenta la edad, de pensión pero permite la permanencia en el servicio hasta luego de reunir requisitos de edad y tiempo de servicio y que a quienes ya reunían requisitos o tenían un mínimo de 15 años de servicio los remite al régimen anterior vigente; que en todo caso la norma que se adopta debe ser aplicada en su integridad, según el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo al consagrar el principio de favorabilidad de la ley laboral pero preservando su inescindibilidad (folios 70 a 79).

En el escrito contentivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora (folios 81 a 85), se solicita se revoque la sentencia apelada y se acceda a las súplicas del escrito demandatorio, pues lo que se discute en este asunto es

SECCION SEGUNDA

el efecto que puede tener la expedición de la ley 33 de 1985; que al entrar en vigencia esta ley no se le había reconocido al actor la pensión de jubilación; que el razonamiento hecho por el tribunal en el fallo recurrido es equivocado, al analizar los alcances del parágrafo 3o. del artículo 1o. de la ley 33 de 1985; que lo que esta disposición quiere significar es que “el derecho a jubilación de esos empleados oficiales se regula por la legislación anterior,” según lo expresó claramente la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto de 12 de agosto de 1985; que obviamente frente a los requisitos necesarios para obtener pensión de jubilación, establecidos en disposiciones anteriores a la vigencia de la ley 33 de 1985, debe predicarse la inescindibilidad de la norma que se crea aplicable; que la aplicación de la mencionada disposición depende de si el empleado tiene o no reconocida a su favor la pensión de jubilación.

La doctora Fiscal 5o. del Consejo de Estado, en su concepto de fondo de 31 de enero de 1991 (folio 99 a 101), expone que en el caso *sub-judice* bien se aplique la norma general o especial para la desvinculación del servicio era indispensable se hubiera ordenado y liquidado el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación y asimismo que el interesado manifestara su interés de pensionarse; que el régimen aplicable en el caso *sub-examine* es el decreto ley 937 de 1976, por tratarse de un servidor de la Contraloría General de la República; que en este asunto se infringió el parágrafo 3 del artículo 1 de la ley 33 de 1985 en armonía con el artículo 134 del citado decreto; que en lo atinente al restablecimiento del derecho se considera que el reintegro debe hacerse desde el momento de la desvinculación del servicio hasta el día en que el demandante cumpla la edad de 60 años, pagándole todos los emolumentos y prestaciones sociales hasta dicha fecha; que en cuanto a la petición sobre el pago de todas las sumas debidas al actor en forma actualizada, tal solicitud no es dable ya que no existe norma legal que lo permita.

Ahora bien, la Sala considera que la sentencia de 11 de junio de 1990 dictada en este asunto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones del libelo, como ya se ha dicho, debe ser revocada.

En efecto, en sentencia de 15 de junio de 1989, expediente No. 3449, actor María Eunice Rincón de Millán, Consejera Ponente doctora Clara Forero de Castro, la Corporación se pronunció sobre los alcances del inciso 3 del artículo 1 de la ley 33 de 1985 en los siguientes términos.

“La norma invocada por la recurrente es del siguiente tenor:

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse

antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno”.

Es obvio que si la ley consagra una prohibición y ordena acatarla **a partir de su vigencia**, el párrafo 3o. del artículo 1o. no puede referirse a esa prohibición, pues el legislador estaría incurriendo en contradicciones. Dicho párrafo, como lo indica su tenor literal, se relaciona con los requisitos para obtener pensión, los cuales, para quienes ya los hubieren cumplido conforme a las normas anteriores a la Ley 33, continuarán rigiéndose por ellas.

Es claro entonces, que el inciso 3o. del artículo 1o. de la Ley 35 de 1985 sí es aplicable a la situación de la recurrente.

Si bien es cierto la observancia o la transgresión de esta norma está necesariamente referida a supuestos fácticos, para efectos de este recurso se parte del examen de la sentencia recurrida, y el Tribunal al tomar su decisión no puso en duda ninguna de estas situaciones:

- a) Que la actora no tiene 60 años de edad;
- b) Que no solicitó el reconocimiento de pensión de jubilación, prestación que le fue reconocida mediante resolución No. 000383 de 21 de febrero de 1986.
- c) Que fue retirada del servicio por tiempo cumplido para jubilación, sin su consentimiento expreso y escrito.”

Más adelante dijo la Corporación en la comentada providencia:

“Lo que prohíbe es obligarlo a pensionarse antes de que cumpla 60 años, y eso fue precisamente lo que se hizo mediante la resolución No. 01681 de 28 de febrero de 1985.

Si para la fecha de su expedición y cuando fue reconocida la pensión ya estaba vigente la Ley 33 de 1985, es entendido que con tal proceder se violaba la mencionada prohibición, independientemente de que los trámites para obtener la prestación se hubieran comenzado antes de dicha vigencia; porque no habiendo comenzado a disfrutar de la pensión y estando condicionado ese disfrute al retiro del servicio, no podía ya, ser obligada a percibirla por prohibirlo la ley vigente.

SECCION SEGUNDA

En este orden de ideas es preciso concluir que la sentencia del Tribunal infringió en forma directa el inciso 3o. del artículo 1o. de la Ley 33 de 1985 cuando estimó que por haber sido solicitada la pensión con anterioridad a la vigencia de la Ley, y sin que la señora Rincón de Millán se opusiera a ello, al serle reconocida debía, obligatoriamente, comenzar a percibirla para lo cual lógicamente se necesitaba su retiro del servicio.

De haber interpretado correctamente la norma citada se hubiera concluido que no era forzoso el disfrute de la pensión reconocida, y que, a menos de optar por ello voluntariamente, la beneficiaria no podía ser obligada a devengarla retirándola del servicio por tiempo cumplido para jubilación."

En el caso *sub-judice* consta en el proceso que el actor el 23 de febrero de 1983 informó al Contralor General de la República que estaba adelantando los trámites respectivos para obtener su pensión de jubilación (folio 5 cdno. ppal.), por haber cumplido los requisitos legales exigidos para el efecto y que las resoluciones impugnadas fueron expedidas con posterioridad a la vigencia de la ley 33 de 1985, por lo que en este asunto era necesario contar con el consentimiento expreso y escrito del señor Luis Alfredo Huertas Gutiérrez para que la entidad donde prestaba sus servicios pudiera proceder a desvincular al demandante de la administración, ya que para la época en que se dictaron tales actos administrativos el actor no contaba con 60 años de edad, pues había nacido el 10 de febrero de 1926.

Así las cosas, las resoluciones acusadas violaron la norma invocada en la demanda y, por ende, deben ser anuladas.

En cuanto al restablecimiento del derecho, como lo indica la agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo, no es dable el pago actualizado de los emolumentos dejados de percibir, como se pide en el escrito demandatorio, y sin que haya lugar al reintegro del actor por haber cumplido ya los 60 años de edad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de 1o. Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 11 de junio de 1990, dentro del proceso iniciado por Luis Alfredo Huertas Gutiérrez.

En su lugar se dispone:

1) Son nulas las resoluciones Nos. 02210 de 24 de abril de 1986 y 03206 de 20 de junio de 1985, proferidas por el señor Contralor General de la República, por las cuales se retira de manera definitiva del servicio al señor Luis Alfredo Huertas Gutiérrez.

2) Como consecuencia de tal nulidad, y a manera de restablecimiento del derecho, la Contraloría General de la República pagará al señor Luis Alfredo Huertas Gutiérrez los sueldos y prestaciones dejados de devengar, desde cuando fue retirado del servicio hasta cuando cumplió los 60 años de edad.

3) De la suma que resulte a su favor deberá descontarse lo que el actor hubiere devengado por concepto de remuneración proveniente de cargos públicos o por concepto de pensión de jubilación

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Este proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 29 de Abril de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora (con salvamento de voto), Joaquín Barreto Ruz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

Nota de Relatoría: Reitera la sentencia de 15 de junio de 1989, expediente No. 3449, actor: MARIA EUNICE DE MILLAN, Consejero Ponente: CLARA FORERO DE CASTRO, sobre los alcances del inciso 3 del art. 1o. de la ley 33 de 1985.

**RETIRO POR DERECHO A PENSION - Improcedencia /
REINTEGRO / EDAD DE RETIRO FORZOSO / DERECHOS
ADQUIRIDOS (Salvamento de Voto)**

No cabe duda de que los actos acusados son nulos, por manera que afectaron lo que era un derecho del actor, esto es, no ser retirado por razones de pensión antes de los sesenta (60) años de edad, sin su consentimiento, como de manera clara lo estableció la ley 33 de 1985. De esa edad no se desprende que el reintegro deba ordenarse tomando como límite la edad de sesenta (60) años, sino la de sesenta y cinco (65) que es la de retiro forzoso aplicable al demandante, porque lo anterior implicaría que lo que fue contrario a derecho resultaría convalidado *a posteriori*, o sea, al llegar el actor a los sesenta (60) años, cuando lo cierto es que anulado el acto los efectos de esa nulidad son absolutos, y por tanto, aquel tenía vocación para permanecer en el empleo hasta el cumplimiento de la edad de retiro forzoso -65 años- y no solo hasta dicha edad -60 años-. El juzgador no puede presumir, como parece hacerlo en esta sentencia, que la Administración habría hecho uso de su facultad para remover al empleado y retirarlo justamente al cumplir la edad pensionable -60 años-. porque bien podría darse que por las condiciones particulares del mismo resolviera mantenerlo a su servicio hasta llegar a la edad de retiro forzoso -65 años-. Y en esas materias el juzgador no puede sustituir, -y menos por anticipado-, a la Administración.

Santa Fe de Bogotá, D. C. , diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Con el respeto de siempre por la decisión mayoritaria de la Sala me permito consignar las razones que me llevaron a separarme de la sentencia dictada en este juicio, a saber:

1. No cabe duda de que los actos acusados son nulos, por manera que afectaron lo que era un derecho del actor, esto es, no ser retirado por razones de pensión antes de los sesenta (60) años de edad, sin su consentimiento, como de manera clara lo estableció la Ley 33 de 1985.

2. De esa nulidad no se desprende que el reintegro deba ordenarse tomando como límite la edad de sesenta (60) años, sino la de sesenta y cinco (65) que es la de retiro forzoso aplicable al demandante, porque lo anterior implicaría que lo que fue contrario a derecho resultaría convalidado a posteriori, o sea, al llegar el actor a los sesenta (60) años, cuando lo cierto es que anulado el acto los efectos de esa nulidad son absolutos, y por tanto, aquél tenía vocación para permanecer en su empleo hasta el cumplimiento de la edad de retiro forzoso -65 años- y no sólo hasta dicha edad -60 años-. El juzgador no puede presumir, como parece hacerlo en esta sentencia, que la Administración habría hecho uso de su facultad para remover al empleado y retirarlo justamente al cumplir la edad pensionable -60 años-, porque bien podría darse que por las condiciones particulares del mismo resolviera mantenerlo a su servicio hasta llegar a la edad de retiro forzoso -65 años-. Y en esas materias el juzgador no puede sustituir, -y menos por anticipado-, a la Administración.

3. Tampoco comparto la orden de descontar de las condenas las sumas que el demandante haya devengado en otras entidades oficiales, puesto que considero que aquéllas tienen el carácter de indemnización por los perjuicios que la ilegalidad del acto o de los actos le generó al particular y no el de segunda asignación, en los términos previstos antes por el artículo 64 de la Carta de 1886 y ahora por el 128 de la de 1991.

4. Como en la demanda se pidió que las sumas relacionadas con salarios y prestaciones deberían actualizarse, soy de la opinión de que debía accederse a ello, en los términos señalados por el artículo 178 del C.C.A.

Con todo comedimiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

**M.A.S.A. / JUNTA ADMINISTRADORA / SESION / ACTA - Firma
/ INSUBSISTENCIA**

Para el momento en que fue expedida la resolución enjuiciada no hubiera sido firmada por los integrantes de la Junta Administradora de M.A.S.A., no indica que para entonces no se hubiera producido la voluntad administrativa, pues ésta por provenir de un cuerpo colegiado se configuró desde el mismo momento en que se votó en la sesión del 16 de enero, incluso antes de que fuera documentada en la Resolución 004 del 18 del mismo mes. La aprobación del acta, ocurrida con posterioridad, y su suscripción por los intervinientes no agrega nada a la voluntad administrativa ya expresada ni la traslada en el tiempo; simplemente perfecciona la prueba de lo decidido, sobre lo cual ya había dado fe el Presidente y el Secretario de la Junta al expedir la resolución impugnada.

INSUBSISTENCIA

La resolución acusada No. 004 J.A. de 18 de enero de 1988 fue producto de la voluntad inequívoca de todos los miembros de la Junta Directiva de M.A.S.A. de desvincular del servicio al demandante en la forma como se dispuso en la sesión del día 16 del mismo mes y año y se probó mediante acta No. 419 y por consiguiente no hay lugar a declarar su nulidad como lo plantea la parte actora.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 5382. Asuntos Municipales. Actor: EMILIANO DELGADO DELGADO.

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 31 de agosto de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

LA DEMANDA:

Se solicita en la demanda la nulidad de la resolución No. 004 J.A. de 18 de enero de 1988, por la cual la Junta Administradora de Municipios Asociados del Valle del Aburrá -M.A.S.A.- declaró insubsistente el nombramiento del actor como contador de esta entidad; asimismo se pidió en el libelo se declare sin efecto el oficio 024914 de dicha fecha, suscrito por el Secretario General del citado organismo, a través del cual se comunicó al demandante su retiro del servicio.

Como restablecimiento del derecho solicitó el actor ser restituido al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría, se le paguen los salarios y prestaciones sociales y extralegales dejados de percibir y se le reconozca que no hubo solución de continuidad en la relación laboral para todos los efectos legales.

Como disposiciones violadas citó el libelista (folio 20), el artículo 84 del decreto ley 01 de 1984, los estatutos de M.A.S.A. y normas concordantes y relacionadas.

En el concepto de la violación hace referencia a que el acta No. 49 de 16 de enero de 1988 que pretendió declarar la insubsistencia del nombramiento del actor, de competencia exclusiva de la Junta Administradora de M.A.S.A., no tuvo existencia legal por no haber sido aprobada, según constancia colocada al pie de dicha acta por el secretario general de esta entidad y, por ende, son nulos la resolución que ordenó el retiro del servicio y el oficio que comunicó la desvinculación, pues los actos contenidos en el acta, no están suscritos por los funcionarios que deben suscribirla, acorde con los estatutos. (folios 20; 21 y 22).

LA SENTENCIA:

El Tribunal no accedió a las súplicas impetradas en la demanda.

El *a-quo* expresó que, en el caso *sub-judice*, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante fue acordada por la Junta

SECCION SEGUNDA

Administradora de M.A.S.A. por unanimidad el 16 de enero de 1986 de manera verbal y que de este hecho se dejó constancia en el acta No. 419; que no era indispensable que ésta estuviera, aprobada y firmada por sus asistentes para ejecutar la decisión : porque el acta, que es medio de prueba, no puede enervar los poderes de ejecución inmediata que se reconocen a los actos administrativos, sean ellos expresos, tácitos, presuntos o verbales; que no se requería de una resolución que materializara lo decidido respecto del actor, pues habría bastado una comunicación del secretario de la Junta Administradora de M.A.S.A. para informar la declaración de insubsistencia; que dentro del trámite administrativo es normal que la aprobación de actas se demore en el tiempo, como en este asunto, pero que sin embargo a la contestación de la demanda se anexó copia del acta, suscrita por las personas que según los estatutos de la entidad debían firmarla, luego de esta forma aparece probado que la decisión del retiro del servicio se adoptó en aquella fecha, la que posteriormente quedó evidenciada en la resolución impugnada, cuya legalidad no logró desvirtuarse dentro del presente proceso (folio 79 a 84).

LA APELACION

Afirma el apelante que en este asunto quedó demostrado que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante era de competencia exclusiva de la Junta Administradora de M.A.S.A., que no había delegado, esta facultad en ninguna otra autoridad; que de igual forma está probado que a pesar de que la insubsistencia se produjo desde el 20 de enero de 1988, al 7 de abril de este año el acta no había sido aprobada por quienes debían suscribirla, según constancia del secretario general de la entidad; que por ende no existía un acto administrativo válido proferido por el único organismo facultado para hacerlo; que fue después de más de siete meses de retirado del servicio el actor cuando la junta le dio existencia legal al acta que vino a tener efecto retroactivo al día 18 de enero de 1988; que de aceptarse los planteamientos del tribunal del conocimiento, los actos administrativos irregulares podrían ser subsanados luego por quienes los produjeron cuando los afectados han acudido ante la jurisdicción contencioso administrativa, lo que llevaría a una práctica inaceptable en la administración pública contrariando así el principio general acorde con el cual los actos administrativos tienen efecto hacia el futuro y no hacia atrás; que por consiguiente se debe revocar el fallo recurrido y acceder a las pretensiones del escrito demandatorio (folios 85 y 86).

EL CONCEPTO FISCAL

La señora Fiscal Quinto del Consejo de Estado en su concepto de fondo opina que el fallo debe ser confirmado.

La agencia del Ministerio Público en el referido concepto señala, entre otras cosas, que el oficio No. 024914 de 18 de enero de 1988 suscrito por el secretario general de M.A.S.A. es un acto de mero trámite, no susceptible de ser objeto de acción de nulidad y restablecimiento del derecho; que el verdadero acto administrativo en el caso *sub-judice* es la resolución impugnada que produjo el retiro del servicio del actor y que el hecho de que para el 7 de abril de 1988 el acta No. 419 no hubiera sido firmada, no puede conducir a la declaratoria de nulidad del acto acusado, pues como lo anota el *a-quo* el acta no es más que un medio de prueba de lo decidido por la junta de manera verbal; que la resolución enjuiciada fue expedida de conformidad con lo resuelto de común acuerdo por la junta y en ejercicio de la atribución conferida por el literal b) del artículo 20 de los estatutos y que si bien es cierto que acorde con el artículo 21 de éstos se determina una exigencia de carácter procedimental para la aprobación de las actas, tal omisión pasada por alto parcialmente por la administración, no puede producir los efectos jurídicos queridos por la actora, sí además se tiene en cuenta que al proceso se allegó copia de la citada acta suscrita y firmada por los miembros de la Junta Administradora, con posterioridad al 7 de abril de 1988, con lo cual es preciso entender que el acto acusado refleja en modo directo e inmediato la voluntad de ese cuerpo colegiado; que el acta No. 419 es tan solo la narración escrita de lo sucedido, tratado y acordado en dicha junta el 16 de enero del referido año; que el deseo de la junta era el de remover al demandante de su cargo, determinación que se materializó en la resolución No. 004 J.A. de enero 18 de 1988 (folio 93 a 97).

Admitido el recurso de apelación por auto de diciembre 13 de 1990 (folio 90), cumplido el trámite de rigor de la segunda instancia y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se procede a resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar en el caso *sub-lite* la legalidad de la resolución No. 004 de 18 de enero de 1988, mediante la cual la Junta Administradora de Municipios Asociados del Valle del Aburrá declaró insubsistente el nombramiento del demandante como contador al servicio de la referida entidad, puesto que como bien lo señala la agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo, el oficio, No. 024914 de aquella fecha suscrito por el secretario general de M.A.S.A., por el cual se informa al actor su retiro de la administración, es un acto de simple comunicación no susceptible de ser impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Ahora bien, estudiado el proceso, la Sala coincide con el concepto fiscal en que la sentencia recurrida amerita ser confirmada.

SECCION SEGUNDA

En efecto, el acta No. 419 de 16 de enero de 1988 no es más que un medio de prueba de la decisión adoptada por la Junta Administradora de M.A.S.A., en la cual se determinó :“ La H. Junta Administradora en uso de sus atribuciones legales, y estatutarias, acuerda por unanimidad declarar insubsistente el nombramiento del Dr. Emiliano Delgado D., como Contador a partir del día 20 de enero de 1988” (folio 14).

La circunstancia de que la citada acta para el momento en que fue expedida la resolución enjuiciada no hubiera sido firmada por los integrantes de la Junta Administradora de M.A.S.A., no indica que para entonces no se hubiera producido la voluntad administrativa, pues ésta por provenir de un cuerpo colegiado se configuró desde el mismo momento en que se votó en la sesión del 16 de enero, incluso antes de que fuera documentada en la Resolución 004 del 18 del mismo mes.

La aprobación del acta, ocurrida con posterioridad, y su suscripción por los intervinientes no agrega nada a la voluntad administrativa ya expresada ni la traslada en el tiempo; simplemente perfecciona la prueba de lo decidido, sobre lo cual ya había dado fe el Presidente y el Secretario de la Junta al expedir la resolución impugnada, pues en la parte considerativa se dijo: “La Honorable Junta Administradora de Municipios Asociados del Valle del Aburrá M.A.S.A., en uso de sus atribuciones legales y estatutarias, en especial de lo acordado en la sesión del día 16 de enero de 1988, acta No. 419 RESUELVE”.

Obra a folio 55 del expediente el oficio de 29 de agosto de 1988 suscrito por el Secretario General de M.A.S.A., en el cual se afirma:

“En respuesta al exhorto de la referencia, atentamente le informo que una vez revisado el archivo de Actas de la Honorable Junta Administradora de MASA que reposan en este Despacho, se constató (Sic) que el Acta No. 419 del día 16 de enero de 1988, se encuentra debidamente aprobada, sin modificaciones y firmada por todos los miembros asistentes a la reunión a que se refiere la misma”. (folio 55).

Lo anterior significa que la resolución acusada No. 004 J.A. de 18 de enero de 1988 fue producto de la voluntad inequívoca de todos los miembros de la Junta Directiva de M.A.S.A. de desvincular del servicio al demandante en la forma como se dispuso en la sesión del día 16 del mismo mes y año y se probó mediante acta No. 419 y por consiguiente no hay lugar a declarar su nulidad como lo plantea la parte actora.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada de 31 de agosto de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el proceso incoado por Emiliano Delgado Delgado en cuanto negó la nulidad de la resolución No. 004 J.A. de 18 de enero de 1988, por la cual la Junta Administradora de Municipios Asociados del Valle de Aburrá -M.A.S.A.- declaró insubsistente su nombramiento como contador.

Declárase que no hay lugar a pronunciamiento de mérito sobre el oficio No. 024914 de 18 de enero de 1988, suscrito por el Secretario General de M.A.S.A.

Reconócese personería al Doctor Hernando González Silva, de acuerdo con el memorial de sustitución que obra a folio 98 del expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 29 de abril de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**PERSONAL DOCENTE / PENSION DE JUBILACION / SALARIO-
Compatibilidad / ESCALAFON DOCENTE / INSUBSISTENCIA-
Improcedencia / EDAD DE RETIRO FORZOSO**

El artículo 5o del Decreto 224 de 1972, en cuanto dispone que: “El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación, siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente...” es una excepción a la prescripción constitucional consagrada en el artículo 64 de la Constitución Política de 1886, que prohíbe percibir más de una asignación del tesoro público “salvo lo que para casos especiales determine la ley”. Complementa lo anterior, lo establecido en el artículo del Decreto 2277 de 1979 que dice: “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 (85) años para su retiro forzoso”. En tal virtud, según lo previsto en las normas transcritas que sólo fueron modificadas, por la ley 4a de 1992 los docentes tenían un privilegio que les permitía seguir en el ejercicio de su labor después de ser pensionados y lo que significa que la Administración no tenía la facultad discrecional para desvincularlos del servicio oficial, en tanto no hubieren alcanzado la edad de retiro forzoso, se encontraron física y mentalmente aptos para el desempeño de las labores docentes y no hubieren sido excluidos del escalafón, por las causales y procedimiento señalados en el Decreto 2277 de 1979.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., diez y ocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 5405. Apelación Sentencia. Actor: LYDA LUZ BUELVAS DE PEREZ.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de 9 de agosto de 1990 pronunciada por el Tribunal Administrativo de Sucre, en el proceso promovido por Lyda Luz Buelvas de Pérez contra la Nación Ministerio de Educación Nacional-.

ANTECEDENTES:

El accionante, mediante apoderado, en ejercicio de la acción denominada hoy de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó al Tribunal del conocimiento la nulidad del artículo lo. del Decreto 240 del 22 de mayo de 1989, expedido por el Gobernador del Departamento de Sucre, por el cual declaró insubsistente el nombramiento del demandante en el cargo de maestra en la Escuela Urbana Tercera San José de Corozal y solicitó el consiguiente restablecimiento del derecho. (Fl.12)

El Tribunal en el fallo recurrido accedió a las pretensiones de la demanda, declaró la nulidad del acto acusado, ordenó el reintegro del actor, condenó a la Nación al pago de lo dejado de percibir por este, dijo que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio y dispuso su cumplimiento en el término legal; consideró el *a- quo*, que la pensión de jubilación es compatible con el ejercicio de la docencia, siempre y cuando el docente está mental y físicamente apto para su labor y no haya llegado a la edad de retiro, o sea, a los 65 años y que por ello el hecho de que el docente se encuentre gozando de pensión de jubilación no es causa o motivo de su retiro del servicio. (Folios 51-55)

La entidad demandada al sustentar el recurso interpuesto, dice que el Escalafón confiere al docente una serie de prerrogativas como la estabilidad y el ascenso, pero al arribar el educador a la pensión de jubilación, cesa el beneficio de la inamovilidad y en este momento, puede seguir en ejercicio de sus funciones o ser declarado insubsistente en forma discrecional, según el criterio de la administración al respecto. (57-58)

Por su parte, la Fiscalía Cuarta de la Corporación conceptúa que debe confirmarse la sentencia recurrida, porque "el H. Consejo de Estado ha sentado la tesis de que, en razón a la compatibilidad entre pensión y sueldo, los docentes no pueden ser desvinculados del servicio antes de la edad de retiro forzoso".(Folio 69-71)

SECCION SEGUNDA

No observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

El artículo 5o del Decreto 224 de 1972, en cuanto dispone que: "El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación, siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente..." es una excepción a la prescripción constitucional consagrada en el artículo 64 de la Constitución Política de 1886, que prohíbe percibir más de una asignación del tesoro público "salvo lo que para casos especiales determine la ley".

Complementa lo anterior, lo establecido en el artículo del Decreto 2277 de 1979 que dice: "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".

En tal virtud, según lo previsto en las normas transcritas que sólo fueron modificadas, por la ley 4a de 1992 los docentes tenían un privilegio que les permitía seguir en el ejercicio de su labor después de ser pensionados y lo que significa que la Administración no tenía la facultad discrecional para desvincularlos del servicio oficial, en tanto no hubieren alcanzado la edad de retiro forzoso, se encontraron física y mentalmente aptos para el desempeño de las labores docentes y no hubieren sido excluidos del escalafón, por las causales y procedimiento señalados en el Decreto 2277 de 1979.

Pues bien la Administración en el acto demandado dispuso la insubsistencia del accionante, en ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción y por considerar que el educador pensionado, no tenía ya estabilidad en el cargo.

En tal virtud, el acto enjuiciado es contrario a normas superiores de derecho, como lo consideró el a- quo pues a folio 11 aparece la partida eclesiástica de nacimiento del demandante en la que consta que nació en 1929,1 lo que indica que al tiempo de su desvinculación del servicio, no había llegado a los 65 años de edad. Y de otra parte, no se alegó, ni se probó por la entidad demandada que el accionante no estuvieran mental y físicamente apto para el ejercicio docente, o que hubiese sido excluido del escalafón de la forma determinada por la ley.

En suma, siendo el motivo del retiro del accionante, según se afirma en el propio acto acusado, el hecho de estar gozando de pensión de jubilación a cargo

de la Caja Nacional de Previsión, lo dispuesto en el artículo lo. del Decreto 240 de 1989 expedido por el Gobernador del Departamento de Sucre, no se ajusta a derecho y, por tanto, procede la confirmación del fallo recurrido. con la adición de que se descontará de lo que debe reconocerse al docente, todo lo que haya recibido del tesoro público, por concepto diferente a lo percibido por mesadas pensionales o por emolumentos que por expresa autorización legal, pueden devengar los docentes conjuntamente con la pensión.

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 nueve (9) de agosto de mil novecientos noventa (1990) proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre en el proceso promovido por Lyda Luz Buelvas de Pérez, contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional, con la adición de que se descontará al actor, cuanto haya recibido del erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, en el mismo período, salvo las sumas percibidas por concepto de la pensión de jubilación y los emolumentos que por expresa autorización legal pueden devengar los docentes, conjuntamente con ella.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente el Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de abril veintinueve (29) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, (aclara voto); Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lacompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

**PROVIDENCIA DE CONDENA / DESCUENTO - Improcedencia /
EMPLEO PUBLICO -Inexistencia / ANALOGIA - Improcedencia**

En efecto, para,el suscrito Consejero es claro que las suma a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro “empleo público” u otra asignación que provenga de Tesoro Público”, sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante. No existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica.El juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la Ley.

**ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR CARLOS
ARTURO ORJUELA GONGORA A LA SENTENCIA DEL 18 DE MAYO
DE 1993 DICTADA EN EL PROCESO No. 5405 AUTORIDADES
DEPARTAMENTALES**

Demandante: LYDA LUZ BUELVAS DE PEREZ

Con el más profundo respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, y no obstante compartir en su esencia la providencia adoptada en este proceso, me separo de lo dispuesto en la parte resolutive en cuanto al confirmar las condenas

se ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra Entidad Oficial, para lo cual se invoca el artículo 128 de la Constitución Nacional.

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las suma a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro “empleo público” u otra asignación que provenga de Tesoro Público”, sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló -de manera reiterada- algunos razonamientos de la siguiente guisa:

“Tomando apoyo en el artículo 64 de la C.N. y en la circunstancia de que el ejecutante había devengado sueldo de la Policía Nacional, la entidad demandada excepcionó compensación, cobro de lo no debido y pago respecto de los salarios y prestaciones que el demandante hace valer coercitivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca”.

“El artículo 64 de la Constitución Nacional dispone:

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 lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los departamentos y municipios.

“La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir más de una asignación del Erario Público; pero esa prohibición, por ser tal, no puede aplicarse a situaciones similares, así ellas revistan la condición de ser análogas puesto que, tanto en materia civil y por ende la laboral, en ese punto de prohibiciones rige el principio de la tipicidad; no hay prohibición sin ley que la consagre; la analogía en las penas es inadmisibles”.

“Nada impide recibir del Estado sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. Los casos de compatibilidad son numerosos. Piénsese por ejemplo, en el

SECCION SEGUNDA

trabajador oficial favorecido con condena a cargo de entidad oficial obligada a pagarle indemnización moratoria conforme al artículo 1o. del Decreto 797 de 1949, cuando al mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaria con otra entidad oficial. La compatibilidad entre la indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza”.

La razón está en que la asignación, con su equivalente del sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo o indemnización, es decir, dos prestaciones (en sentido genérico) que tienen dos causas diferentes, no puede estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos. Pero si una erogación del Erario Público tiene su fuente en el contrato ficto de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo Erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64 no puede admitirse”.

“Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos. Porque el pago de salario dejado de percibir que ordena la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó legalmente del servicio. En cambio los salarios que el actor devengó por servicios prestados a la Policía Nacional tienen su fuente de esa relación de servicio...” (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Darío Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca). (Esta tesis se reiteró en el expediente No. 40.878; Ponente H. Magistrado Dr. Alberto Rodríguez R.; marzo 11/87; de igual manera, en el Expd. No. 29629; Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G.; junio 5/84; en el Expd. No 35949; Ponente: H. Magistrada Dra. Emitía Mesa S.; octubre 15/85; y posteriormente ha sido mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá).

Dichos planteamientos son válidos enfrente de la redacción de la Nueva Norma Constitucional (Art. 128).

De otro lado, es lo cierto que no existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica.

EXP. - 5405

Por último, es ostensible que el juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la Ley.

Por estas sintéticas consideraciones, entonces no comparto la parte resolutive de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

**PERSONAL DOCENTE / PENSION DE JUBILACION / SALARIO
- Compatibilidad / EDAD DE RETIRO FORZOSO / EXCLUSION
DE ESCALAFON**

El artículo 5o. del Decreto 224 de 1972, en cuanto dispone que: “El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación, siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente...” es una excepción a la prescripción constitucional consagrada en el artículo 64 de la Constitución Política de 1886, que prohíbe percibir más de una asignación del tesoro público “salvo lo que para casos especiales determine la ley”. Complementa lo anterior, lo establecido en el artículo 31 del Decreto 2277 de 1979 que dice: “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 años para su retiro forzoso”. En tal virtud, según lo previsto en las normas transcritas que sólo fueron modificadas por la ley 4a de 1992, los docentes tenían un privilegio que les permitía seguir en el ejercicio de su labor después de ser pensionados, lo que significa que la Administración no tenía la facultad discrecional para desvincularlos del servicio oficial, en tanto no hubieren alcanzado la edad de retiro forzoso, se encontraran física y mentalmente aptos para el desempeño de las labores docentes y no hubieren sido excluidos del escalafón, por las causales y procedimiento señalados en el Decreto 2277 de 1979.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., diez y ocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente No. 5525 Apelación Sentencia. Actor: RAFAEL CENTANARO ALVAREZ.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de 19 de noviembre de 1990 pronunciada por el Tribunal Administrativo de Sucre, en el proceso promovido por Rafael Centanaro Alvarez contra la Nación Ministerio de Educación Nacional-

ANTECEDENTES:

El accionante, mediante apoderado, en ejercicio de la acción denominada, hoy de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo solicitó al Tribunal del conocimiento la nulidad del artículo 1o. del Decreto 358 de julio 18 expedido por el Gobernador del Departamento de Sucre, por el cual declaró insubsistente el nombramiento del demandante en el cargo de maestro en la Escuela Urbana Co-Instrucción San Vicente de Paúl de Sincelejo e igualmente solicitó el consiguiente restablecimiento del derecho en la forma impetrada en la demanda.(fl. 2)

El Tribunal en el fallo recurrido accedió a las pretensiones de la demanda, declaró la nulidad del acto acusado, ordenó el reintegro del actor, condenó a la Nación al pago de lo dejado de percibir por éste, dijo que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio y dispuso su cumplimiento en el término legal; consideró el *a quo*, que la pensión de jubilación es compatible con el ejercicio de la docencia, siempre y cuando el docente está mental y físicamente apto para su labor y no haya llegado a la edad de retiro, o sea, a los 65 años y que por ello el hecho de que el docente se encuentre gozando de pensión de jubilación no es causa o motivo de su retiro del servicio. (fls. 47-53)

La entidad demandada al sustentar el recurso interpuesto, dice que el Escalafón confiere al docente una serie de prerrogativas como la estabilidad y el ascenso, pero al arribar el educador a la pensión de jubilación, cesa el beneficio de la inamovilidad y en este momento, puede seguir en ejercicio de sus funciones o ser declarado insubsistente en forma discrecional, según el criterio de la administración al respecto. (fls.56-57)

Por su parte, la Fiscalía Cuarta de la Corporación conceptúa que debe confirmarse la sentencia recurrida, porque "siendo la circunstancia de estar disfrutando de pensión de jubilación, el único fundamento que tuvo la Administración para declarar insubsistente el nombramiento del actor, según lo

SECCION SEGUNDA

expresa el mismo decreto enjuiciado, el fallo apelado se encuentra ajustado a derecho y al criterio jurisprudencias de esta Corporación, adoptado a partir del 15 de marzo de 1989". (fl. 66)

No observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

El artículo 5o. del Decreto 224 de 1972, en cuanto dispone que: "El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación, siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente...." es una excepción a la prescripción constitucional consagrada en el artículo 64 de la Constitución Política de 1886, que prohíbe percibir más de una asignación del tesoro público "salvo lo que para casos especiales determine la ley".

Complementa lo anterior, lo establecido en el artículo 31 del Decreto 2277 de 1979 que dice: "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 años para su retiro forzoso".

En tal virtud, según lo previsto en las normas transcritas que sólo fueron modificadas por la Ley 4a de 1992, los docentes tenían un privilegio que les permitía seguir en el ejercicio de su labor después de ser pensionados, lo que significa que la Administración no tenía la facultad discrecional para desvincularlos del servicio oficial, en tanto no hubiesen alcanzado la edad de retiro forzoso, se encontraran física y mentalmente aptos para el desempeño de las labores docentes y no hubiesen sido excluidos del escalafón, por las causales y procedimiento señalados en el Decreto 2277 de 1979.

Pues bien la Administración en el acto demandado dispuso la insubsistencia del accionante, en ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción y por considerar que el educador pensionado, no tenía ya estabilidad en el cargo.

En tal virtud, el acto enjuiciado es contrario a normas superiores de derecho, como la consideró el a quo pues a folio 14 aparece la partida eclesiástica de nacimiento del demandante, en la que consta que nació en 1933, lo que indica que al tiempo de su desvinculación del servicio, no había llegado a los 65 años de edad. Y de otra parte, no se alegó ni se probó por la entidad demandada que el accionante no estuviera mental y físicamente apto para el

ejercicio docente, o que hubiese sido excluido del escalafón de la forma determinada por la ley. (fl.13)

En suma, siendo el motivo del retiro del accionante, según se afirma en el propio acto acusado, el hecho de estar gozando de pensión de jubilación a cargo de la Caja Nacional de Previsión, lo dispuesto en el artículo 1o. del Decreto 358 de 1989 expedido por el Gobernador del Departamento de Sucre, no se ajusta a derecho y, por tanto, procede la confirmación del fallo recurrido. Con la adición de que se descontará de lo que debe reconocerse al docente, todo lo que haya recibido del tesoro público, por concepto diferente a lo percibido por mesadas pensionales.

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 diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa (1990) proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre en el proceso promovido por Rafael Centanaro Alvarez, contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional, con la adición de que se descontará al actor, cuanto haya recibido del erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, en el mismo período, salvo las sumas percibidas por concepto de la pensión de jubilación.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente el Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de veintidós (22) de Abril de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, (con aclaración de voto), Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA : La aclaración de voto del Doctor CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA refiere lo siguiente: Las sumas a que se condena la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales

SECCION SEGUNDA

dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del tesoro público, sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante.

**ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR CARLOS
ARTURO ORJUELA GONGORA A LA SENTENCIA DEL 18 DE
MAYO DE 1993 DICTADA EN EL PROCESO No. 5525 ACTOS
DEPARTAMENTALES.- Demandante: RAFAEL CENTANARO
ALVAREZ.**

Con el más profundo respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, y no obstante compartir en su esencia la providencia adoptada en este proceso, me separo de lo dispuesto en la parte resolutive en cuanto al confirmar las condenas se ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra Entidad Oficial, para lo cual se invoca el artículo 128 de la Constitución Nacional.

En efecto, para el suscrito consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga de Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante.

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló -de manera reiterada- algunos razonamientos de la siguiente guisa:

"Tomando apoyo en el artículo 64 de la C.N. y en la circunstancia de que el ejecutante había devengado sueldo de la Policía Nacional, la entidad demandada excepcionó compensación, cobro de lo no debido y pago respecto de los salarios y prestaciones que el demandante hace valer

SECCION SEGUNDA

coercitivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca”.

“El artículo 64 de la Constitución Nacional dispone:

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 lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los departamentos y municipios.

“La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir más de una asignación del Erario Público; pero esa prohibición, por ser tal, no puede aplicarse a situaciones similares, así ellas revistan la condición de ser análogas puesto que, tanto en materia civil y por ende laboral, en ese punto de prohibiciones rige el principio de la tipicidad; no hay prohibición sin ley que la consagre; la analogía en las penas es inadmisibles”.

“Nada impide recibir del Estado sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. Los casos de compatibilidad son numerosos. Piénsese por ejemplo, en el trabajador oficial favorecido con condena a cargo de entidad oficial obligada a pagarle indemnización moratoria conforme al artículo 1º del Decreto 797 de 1949, cuando al mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaria con otra entidad oficial. La compatibilidad entre la indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza”.

La razón está en que la asignación, con su equivalente del sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo o indemnización, es decir, dos prestaciones (en sentido genérico) que tienen dos causas diferentes, no puede estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos. Pero si una erogación del Erario Público tiene su fuente en el contrato ficto de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo Erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64 no puede admitirse”.

“Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos. Porque el pago de salario dejado de percibir que ordenó la justicia administrativa como

EXP. -5525

consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios que el actor devengó por servicios prestados a la Policía Nacional tienen su fuente de esa relación de servicio..."(Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. parte resolutive de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

**PERSONAL DOCENTE / PENSION DE JUBILACION / PENSION
GRACIA - Compatibilidad**

Puede un maestro de primaria recibir a un mismo tiempo pensión de jubilación departamental y nacional con base en la ley 114 de 1913, pero en ningún caso dos pensiones de índole nacional. Esta interpretación se desprende de la prohibición de recibir dos pensiones nacionales, prohibición que continúa aun vigente; es más, las mismas normas que ordenan la extensión del beneficio lo hacen "...en los términos que contempla la ley 114 de 1913 y demás que a esta complementan".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No 5597 Autoridades Nacionales

Actor: NOHEMY SILVA PADILLA.

En grado de consulta ha venido a esta sección del Consejo de Estado la sentencia de enero 22 de 1991, proferida por el tribunal administrativo de Nariño.

ANTECEDENTES:

Mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Nohemy Silva Padilla pidió al tribunal anular las resoluciones Nos. 11026 de diciembre 28 de 1988 y 6590 de noviembre

30 de 1989, proferidas por la Caja Nacional de Previsión Social, mediante las cuales se negó a la demandante la pensión de jubilación solicitada con base en lo estatuido en la ley 114 de 1913.

Pidió también, y como consecuencia, el restablecimiento de su derecho (folios 1 y 2 cdno. ppal.).

Argumentó fundamentalmente que laboró durante más de 20 años al servicio de la educación oficial y que cumplió los 50 años de edad el día 30 de mayo de 1977; que acorde con lo anterior le debe ser reconocida una pensión de gracia, según lo dispuesto en las leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933; que la Caja Nacional de Previsión a través de los actos acusados negó el reconocimiento y pago de dicha pensión, con fundamento en que ya se le había reconocido una pensión de conformidad con la resolución No. 2812 de 10 de mayo de 1982.

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal accedió a las súplicas de la demanda aplicando tesis sostenidas por él en casos similares. Encontró que la actora acredita tener 63 años y seis meses de edad un total de servicios prestados a la docencia de más de 40 años, con los cuales, en su opinión, justifica suficientemente el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, tanto de la ordinaria como la de la pensión gracia; que los actos acusados se basan en la consideración de que se viola el artículo 64 de la Constitución Política anterior en el evento de que se otorgue la pensión solicitada, pero que no tienen en cuenta que el citado precepto constitucional consagra excepciones en los casos que determinan las leyes; y que son precisamente las leyes que reconocen la pensión gracia, las que constituyen una de ellas.

CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, expresa que comparte los razonamientos hechos por el *a-quo* en el fallo consultado, pues el tratamiento dado a los docentes en materia pensional constituye uno de los casos de excepción debidamente regulados en la ley, por lo que no puede hablarse en este asunto de infracción de la carta; que en principio la ley 114 de 1913 estableció la compatibilidad únicamente con pensiones departamentales y municipales; que sin embargo no puede aplicarse en forma exegética dicha disposición luego de la expedición de las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933, según las cuales se extiende el derecho a profesores y empleados de las normales y a los inspectores de instrucción pública, y que permiten completar tiempo de servicio con el que

SECCION SEGUNDA

ha sido prestado en la educación secundaria oficial. (folios 83, 84, 85 y 86 cdno. ppal.).

Surtido el trámite legal, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar en este caso si la demandante tiene derecho, a pesar de haber obtenido una pensión de jubilación de carácter nacional por parte de la Caja Nacional de Previsión Social, al reconocimiento de la denominada pensión gracia, concedida a los docentes por la ley 114 de 1913, bajo determinadas condiciones.

Advierte la sala, en primer término, que el artículo 4o. de la ley 114 de 1913 no ha sido modificado ni derogado por las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933, como lo ha expuesto en otras ocasiones.

La citada ley 114 otorga a los maestros de escuelas primarias oficiales que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4 una pensión nacional por servicios prestados a los municipios y a los departamentos; pero deben comprobar "que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional".

Por consiguiente, puede un maestro de primaria recibir a un mismo tiempo pensión de jubilación departamental y nacional con base en la ley 114 de 1913, pero en ningún caso dos pensiones de índole nacional.

Mediante las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933, se hizo extensiva esta prerrogativa a otros empleos docentes, incluyendo la posibilidad de que se computaran para dicho efecto los años laborados en la enseñanza secundaria o normalista, pero en colegios departamentales o municipales.

Esta interpretación se desprende de la prohibición de recibir dos pensiones nacionales, prohibición que continúa aun vigente; es mas, las mismas normas que ordenan la extensión del beneficio lo hacen "...en los términos que contempla la ley 114 de 1913 y demás que a esta complementan".

Sobre estas bases se analiza la situación concreta planteada.

En el caso *sub-judice* se impetra la nulidad de las resoluciones por las cuales la Caja Nacional de Previsión Social negó la pensión gracia a la actora, (folios 32 a 36 cdno. ppal.), teniendo en cuenta que esta gozaba de una pensión

EXP. -5597

de carácter nacional (Resolución No. 2812 de 10 de mayo de 1982, folios 48 a 51 cdno.No. 2)

De conformidad con lo aquí manifestado, asiste razón a la entidad de previsión al negar la pensión gracia a la demandante, pues ésta no completó 20 años en la docencia departamental o municipal, sino que lo hizo en cargo de carácter nacional.

Por esa razón su pensión ordinaria fue reconocida por la Caja Nacional de Previsión y a su pago contribuyen no solo el municipio sino la Nación, lo cual hace imposible el reconocimiento de la pensión que por servicios prestados a los departamentos y municipios otorga la ley 114 de 1913.

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 22 de enero de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño en el proceso adelantado por Nohemy Silva Padilla contra la Caja Nacional de Previsión Social.

En su lugar, se niegan las súplicas de la demanda.

Cópiese notifiqese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el 16 de mayo de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero De Castro, Carlos Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**PERSONAL DOCENTE / PENSION DE JUBILACION / SALARIO-
Compatibilidad / EDAD DE RETIRO FORZOSO / EXCLUSION
DEL ESCALAFON**

La Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos semejantes al que aquí se debate y, modificando doctrina anterior, ha dicho que, como el disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén físicamente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 6508. Autoridades Nacionales. Actor: MARIA CENIDE GIRONZA OTERO.

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho y por intermedio de apoderado, formuló al Tribunal las siguientes pretensiones:

1. Declarar la nulidad del acto por el cual fue retirada del servicio la docente.

2. Declarar que no ha existido solución de continuidad por parte del Demandante en la prestación del servicio para todos los efectos salariales, prestacionales y profesionales en el Escalafón.

Su alegato se basó fundamentalmente en que siendo docente escalafonada y no habiendo llegado a los 65 años para retiro forzoso, además de estar en aptitud física y mental para trabajar, gozaba de inamovilidad y no podía ser retirada del servicio a través de una medida discrecional como la insubsistencia.

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con relación al demandado Departamento del Cauca y accedió a las súplicas de la demanda. Para hacerlo tuvo en cuenta que aún cuando en algún tiempo el Consejo de Estado sostuvo que la Administración podía retirar libremente del servicio a un docente pensionado, posteriormente cambió su doctrina desde la sentencia de marzo 15 de 1989. Que al examinar el texto de los artículos 28 y 31 del decreto 2277 de 1.979 y el artículo 5o. del Decreto 224 de 1972, resulta evidente que el Estatuto Docente creó un derecho especial para los inscritos en el escalafón. Que es compatible, el disfrute simultáneo de pensión de jubilación y el ejercicio remunerado de la docencia y que la demandante probó pertenecer al Escalafón Docente en el momento de su desvinculación, cuando no tenía edad de retiro forzoso, ni padecía deficiencias mentales o físicas.

EL CONCEPTO FISCAL

Estima la Fiscalía, que la decisión consultada por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda amerita ser confirmada y que el reintegro al cargo es procedente si no ha llegado a la edad de retiro forzoso.

Surtido el trámite legal, sin que se observe causal de nulidad, se procede a decidir previas, las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos semejantes al que aquí se debate y, modificando doctrina anterior, ha dicho que, como el disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo

SECCION SEGUNDA

de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén físicamente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro.

Fue así como en sentencia de 15 de marzo de 1989, con ponencia del Consejero Doctor Alvaro Lecompte Luna (Expediente 89512257. Actor: Luis Bernardo Castro Garzón), la Sala dijo:

“Porque en verdad, releyendo con más detenimiento las normas en cita (se refiere a los decretos leyes 224 de 1972 y 2277 de 1979), al observar que el ejercicio de la docencia “no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario este mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir 65 años de edad”, indudablemente la disposición **consagra un derecho** en favor de los docentes, que priva a la administración de la facultad discrecional de desvincularlos del beneficio que la ley ha establecido para ellos de una manera incompleta desde la ley 12, y que ha venido consolidándose a través de leyes posteriores”.

En el presente caso, los medios de prueba obrantes en el proceso muestran que el actor tiene reconocido el derecho a suspensión de jubilación, es persona responsable y de buena conducta, y el día en que se le retiró del servicio por insubsistencia no había llegado a la edad de retiro forzoso. Tampoco se ha probado que no estuviese apta mental ni físicamente para el desempeño de sus labores.

Siendo ello así, el análisis que hace el Tribunal sobre la controversia, así como su conclusión favorable a la actora, se ajustan a derecho, razón por la cual se confirmará en todas sus partes la sentencia consultada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, y de acuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

CONFIRMASE LA SENTENCIA CONSULTADA, PROFERIDA EL 19 DE NOVIEMBRE DE 1991 POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA DENTRO DEL PROCESO INICIADO POR MARÍA

CENIDE GIRONZA OTERO.

Adiciónase la sentencia en el sentido ordenar que se descuente a la actora, cuanto haya recibido del erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, en el mismo período, salvo las sumas percibidas por concepto de la pensión de jubilación y los emolumentos que por expresa autorización legal puedan devengar los docentes, conjuntamente con ella.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de mayo seis (6) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Orjuela Góngora, (con aclaración de voto) Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lacompe Luna Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

**PROVIDENCIA DE CONDENA / DESCUENTO - Improcedencia /
EMPLEADO PUBLICO - Inexistencia / ANALOGIA -
Improcedencia**

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del Tesoro Público", sino que en verdad viene a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante. No existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica. El juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la Ley.

**ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR CARLOS
ARTURO ORJUELA GONGORA A LA SENTENCIA DEL 18 DE MAYO
1993 DICTADA EN EL PROCESO No. 6508 AUTORIDADES
NACIONALES.**

Demandante: MARIA CENICE GIRONZA OTERO

Con el más profundo respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, y no

obstante compartir en su esencia la providencia adoptada en este proceso, me separo de lo dispuesto en la parte resolutive en cuanto al confirmar las condenas se ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra Entidad Oficial, para lo cual se invoca el artículo 128 de la Constitución Nacional.

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del Tesoro Público", sino que en verdad viene a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante.

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló -de manera reiterada- algunos razonamientos de la siguiente guisa:

"Tomando apoyo en el artículo 64 de la C.N. y en la circunstancia de que el ejecutante había devengado sueldo de la Policía Nacional, la entidad demandada excepcionó compensación, cobro de lo no debido y pago respecto de los salarios y prestaciones que el demandante hace valer coercitivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca".

"El artículo 64 de la Constitución Nacional dispone:

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 lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los departamentos y municipios.

"La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir más de una asignación del Erario Público; pero esa prohibición, por ser tal, no puede aplicarse a situaciones similares, así ellas revistan la condición de ser análogas puesto que, tanto en materia civil y por ende la laboral, en ese punto de prohibiciones rige el principio de la tipicidad; no hay prohibición sin ley que la consagre; la analogía en las penas es inadmisibles".

SECCION SEGUNDA

“Nada impide recibir del Estado sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. Los casos de compatibilidad son numerosos. Piénsese por ejemplo, en el trabajador oficial favorecido con condena a cargo de entidad oficial obligada a pagarle indemnización moratoria conforme al artículo 1o. del Decreto 797 de 1949, cuando al mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaria con otra entidad oficial. La compatibilidad entre la indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza”.

La razón está en que la asignación, con su equivalente del sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo o indemnización, es decir, dos prestaciones (en sentido genérico) que tienen dos causas diferentes, no puede estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos. Pero si una erogación del Erario Público tiene su fuente en el contrato ficto de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo Erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64 no puede admitirse”.

“Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos. Porque el pago de salario dejado de percibir que ordenó la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios que el actor devengó por servicios prestados a la Policía Nacional tienen su fuente de esa relación de servicio...” (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Darlo Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca). (Esta tesis se reiteró en el expediente No 40.878; Ponente H. Magistrado Dr. Alberto Rodríguez R.; marzo 11 187; de igual manera. en el Expd. No 29629; Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G.; junio 5184; en el Expd. No 35949; Ponente: H. Magistrada Dra. Emilia Mesa S.; octubre 15/85; y posteriormente ha sido mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá).

Dichos planteamientos son válidos enfrente de la redacción de la Nueva Norma Constitucional (Art. 128).

De otro lado, es lo cierto que no existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como

bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica.

Por último, es ostensible que, el juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la Ley.

Por estas sintéticas consideraciones, entonces no comparto la parte resolutive de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

**PERSONAL DOCENTE / PENSION DE JUBILACION / SALARIO
- Compatibilidad / EDAD DE RETIRO FORSOZO**

Como el disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro. En el presente caso, los medios de prueba obrantes en el proceso muestran que el actor tiene reconocido el derecho a su pensión de jubilación, es persona responsable y de buena conducta, y el día en que se le retiró del servicio por insubsistencia no habla llegado a la edad de retiro forzoso. Tampoco se ha probado que no estuviese apto mental ni físicamente para el desempeño de sus labores.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno*

Referencia : Expediente No. 6512 Actor: PROSPERO HENRY MUÑOZ NARVAEZ. AUTORIDADES NACIONALES.

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho y por intermedio, de apoderado, formuló al Tribunal las siguientes pretensiones:

1. Declarar la nulidad del acto por el cual fue retirado del servicio el docente.
2. Declarar que no ha existido solución de continuidad por parte del Demandante en la prestación del servicio para todos los efectos salariales, prestacionales y profesionales en el Escalafón.

Su alegato se basó fundamentalmente en que siendo docente escalafonado y no habiendo llegado a los 65 años para retiro forzoso, además de estar en aptitud física y mental para trabajar, gozaba de inamovilidad y no podía ser retirada del servicio a través de una medida discrecional como la insubsistencia.

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con relación al demandado Departamento del Cauca y accedió a las súplicas de la demanda. Para hacerlo tuvo en cuenta que aún cuando en algún tiempo el Consejo de Estado sostuvo que la Administración podía retirar libremente del servicio a un docente pensionado, posteriormente cambió su doctrina desde la sentencia de marzo 15 de 1989. Qué al examinar el texto de los artículos 28 y 31 del decreto 2277 de 1979 y el artículo 5o. del Decreto 224 de 1972, resulta evidente que el Estatuto Docente creó un derecho especial para los inscritos en el escalafón. Que es compatible, el disfrute simultáneo de pensión de jubilación y el ejercicio remunerado de la docencia que el demandante probó pertenecer al Escalafón Docente en el momento de su desvinculación, cuando no tenía edad de retiro forzoso, ni padecía deficiencias mentales o físicas.

EL CONCEPTO FISCAL

Estima la Fiscalía, que la decisión consultada por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda amerita ser confirmada y que el reintegro al cargo es procedente si no ha llegado a la edad de retiro forzoso.

Surtido el trámite legal, sin que se observe causal de nulidad, se procede a decidir previas las siguientes

SECCION SEGUNDA

CONSIDERACIONES:

La Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos semejantes al que aquí se debate y, modificando doctrina anterior, ha dicho que, como el disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro.

Fue así como en sentencia de 15 de marzo de 1989, con ponencia del Consejero Doctor Alvaro Lecompte Luna (Expediente 895-12257. Actor: Luis Bernardo Castro Garzón), la Sala dijo:

“Porque en verdad, releyendo con más detenimiento las normas en cita (se refiere a los decretos leyes 224 de 1.972 y 2277 de 1979), al observar que el ejercicio de la docencia “no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario este mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir 65 años de edad”, indudablemente la disposición consagra un derecho en favor de los docentes, que priva a la administración de la facultad discrecional de desvincularlos del beneficio que la ley ha establecido para ellos, de una manera incompleta desde la ley 12, y que ha venido consolidándose a través de leyes posteriores”.

En el presente caso, los medios de prueba obrantes en el proceso muestran que el actor tiene reconocido el derecho a su pensión de jubilación, es persona responsable y de buena conducta, y el día en que se le retiró del servicio por insubsistencia no habla llegado a la edad de retiro forzoso. Tampoco se ha probado que no estuviese apto mental ni físicamente para el desempeño de sus labores.

Siendo ello así, el análisis que hace el Tribunal sobre la controversia, así como su conclusión favorable al actor, se ajustan a derecho, razón por la cual se confirmará en todas sus partes la sentencia consultada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, y de acuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

CONFIRMASE LA SENTENCIA CONSULTADA, PROFERIDA EL 14 DE NOVIEMBRE DE 1991 POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA DENTRO DEL PROCESO INICIADO POR PROSPERO HENRY MUÑOZ NARVAEZ...

Adiciónase la sentencia en el sentido de ordenar que se descuente a la actora, cuanto haya recibido del erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, en el mismo período, salvo las sumas percibidas por concepto de la pensión de jubilación y los emolumentos que por expresa autorización legal puedan devengar los docentes, conjuntamente con ella.

Copiese, notifíquese, devuélvase el Expediente al Tribunal de Origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993),

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROVIDENCIA DE CONDENA / DESCUENTO - Improcedencia / EMPLEADO PUBLICO - Inexistencia / ANALOGIA - Improcedencia / (Aclaración de Voto).

Las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro “empleo público” u otra asignación que provenga del Tesoro Público”, sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante. No existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica. El juez no puede crear normas y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la Ley.

Demandante: PROSPERO HENRY MUÑOZ NARVAEZ

Con el más profundo respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, y no obstante compartir en su esencia la providencia adoptada en este proceso, me separo de lo dispuesto en la parte resolutive en cuanto, al confirmar las condenas se ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra Entidad Oficial, para lo cual se Invoca el artículo 128 de la Constitución Nacional.

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la

equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro “empleo público” u otra asignación que provenga del Tesoro Público”, sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante.

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló de manera reiterada algunos razonamientos de la siguiente guisa:

“Tomando apoyo en el artículo 64 de la C.N. y en la circunstancia de que el ejecutante habrá devengado sueldo de la Policía Nacional, la entidad demandada excepcionó compensación, cobro de lo no debido y pago respecto de los salarios y prestaciones que el de mandante hace valer coercitivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca”.

“El artículo 64 de la Constitución Nacional dispone:

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 lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los departamentos y municipios.

La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir más de una asignación del Erario Público; pero esa prohibición, por ser tal, no puede aplicarse a situaciones similares, así ellas revistan la condición de ser análogas puesto que, tanto en materia civil y por ende la laboral, en ese punto de prohibiciones rige el principio de la tipicidad; no hay prohibición sin ley que la consagre; la analogía en las penas es inadmisibles”.

“Nada impide recibir del Estado sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. Los casos de compatibilidad son numerosos. Piénsese por ejemplo, en el trabajador oficial favorecido con condena a cargo de entidad oficial obligada a pagarle indemnización moratoria conforme al artículo 11 del Decreto 797 de 1949, cuando al mismo tiempo y durante la tramitación de; correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaria con otra entidad oficial. La compatibilidad entre la

SECCION SEGUNDA

indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza”.

La razón está en que la asignación, con su equivalente del sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo o indemnización, es decir, dos prestaciones (en sentido genérico) que tienen dos causas diferentes, no puede estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos. Pero si una erogación del Erario Público tiene su fuente en el contrato ficto de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo Erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64 no puede admitirse”.

“Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos. Porque el pago de salario dejado de percibir que ordeno la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios que el actor devengó por servicios prestados a la Policía Nacional tienen su fuente de esa relación de servicio...” (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Dario Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca). (Esta tesis se reiteró en el expediente No. 40.878; Ponente H. Magistrado Dr. Alberto Rodríguez R.; marzo 11/87; de igual manera, en el Expd. No. 29629; Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G.; junio 5/84; en el Expd. No. 35949; Ponente: H. Magistrada Dra. Emilia Mesa S.; octubre 15/85; y posteriormente ha sido mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá).

Dichos planteamientos son válidos enfrente de la redacción de la Nueva Norma Constitucional (Art. 128).

De otro lado, es lo cierto que no existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica.

Por último, es ostensible que el juez no puede crear normas y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la Ley.

EXP. 6512

Por estas sintéticas consideraciones, entonces no comparto la parte resolutive de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

**PERSONAL DOCENTE / PENSION DE JUBILACION -
Compatibilidad / PERSONAL DOCENTE - Estabilidad /
ESCALAFON DOCENTE - Exclusión / EDAD DE RETIRO
FORZOSO REINTEGRO - Improcedencia**

Como el disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 6513. Autoridades Nacionales. Actora: GRACIELA GUZMAN DE ORTIZ.

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia proferida el 5 de diciembre de 1991 por el Tribunal Administrativo del Cauca.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho y por intermedio de apoderado, la señora Graciela Guzmán de Ortiz formuló al Tribunal las siguientes pretensiones:

"1. Declarar la nulidad del Decreto No. 0485 de abril 19 de 1989 por el cual se retira del servicio al Docente GRACIELA GUZMAN DE ORTIZ ubicado en el Grado 8 del Escalafón Nacional Docente, vinculado a la Concentración Escolar ESCUELA RURAL MIXTA "PLATANILLAL" MUNICIPIO DE SOTARA (CAUCA)".

2. Declarar que no ha existido solución de continuidad por parte del Demandante en la prestación del servicio para todos los efectos salariales, prestacionales y profesionales en el Escalafón.

"Parte Condenatoria.

"1. Además de la Anulación del Acto Administrativo anteriormente descrito, respetuosamente solicito a titulo de restablecimiento del derecho violado, el reintegro de mi mandante al cargo que venía desempeñando o uno de igual o superior categoría y el reconocimiento y pago de los salarios dejados de devengar (incluidos los ajustes anuales que hace el Gobierno Nacional por la inflación), Como consecuencia del despido, primas, bonificaciones y demás adehalas a la asignación básica que se hayan causado desde el momento que se produjo desvinculación del cargo, hasta cuando se produzca el fallo con materialización del reintegro.

"2. La Liquidación de la condena deberá hacerse con ajuste de valor tomando como base el índice de precios al Consumidor, certificado por el DANE para cada año. (C.C.A. art. 178).

"3. Las condenas ordenadas en la Sentencia, deberán devengar intereses comerciales durante los 6 meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de ese término".

Su alegato se basó fundamentalmente en que siendo docente escalafonada y no habiendo llegado a los 65 años para retiro forzoso, además de estar en aptitud física y mental para trabajar, gozaba de inamovilidad y no podía ser retirada del servicio a través de una medida discrecional como la insubsistencia.

LA SENTENCIA CONSULTADA:

El Tribunal declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con relación al demandado Departamento del Cauca y accedió a las súplicas de la demanda. Para hacerlo tuvo en cuenta: que aún cuando en algún tiempo el Consejo de Estado sostuvo que la Administración podía retirar libremente del servicio a un docente pensionado, posteriormente cambió su doctrina desde la sentencia de marzo 15 de 1989. Que al examinar el texto de

SECCION SEGUNDA

los artículos 28 y 31 del decreto 2277 de 1979 y el artículo 5o. del Decreto 224 de 1972, resulta evidente que el Estatuto Docente creó un Derecho especial para los inscritos en el escalafón. Que es compatible, el disfrute simultáneo de pensión de jubilación y el ejercicio remunerado de la docencia y que la demandante probó pertenecer al Escalafón Docente en el momento de su desvinculación, cuando no tenía edad de retiro forzoso, ni padecía deficiencias mentales o físicas.

Surtido el trámite legal, sin que se observe causal de nulidad, se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos semejantes al que aquí se debate y, modificando doctrina anterior, ha dicho que, como el disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro.

Fue así como en sentencia de 15 de marzo de 1989, con ponencia del Consejero Doctor Alvaro Lecompte Luna (Expediente 895-12257. Actor: Luis Bernardo Castro Garzón), la Sala dijo:

“Porque en verdad, releyendo con más detenimiento las normas en cita (se refiere a los decretos leyes 224 de 1972 y 2277 de 1979), al observar que el ejercicio de la docencia “no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario este mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir 65 años de edad”, indudablemente la disposición **consagra un derecho** en favor de los docentes, que priva a la Administración de la facultad discrecional de desvincularlos del beneficio que la ley ha establecido para ellos, de una manera incompleta desde la ley 12, y que ha venido consolidándose a través de leyes posteriores”.

En el presente caso, los medios de prueba obrantes en el proceso muestran que la señora Graciela Guzmán de Ortiz es docente inscrita en el Grado 8o. del Escalafón Nacional, que tiene reconocido el derecho a su pensión de jubilación, que es persona responsable y de buena conducta, y que el día en que se le retiró del servicio por insubsistencia (es decir, el 19 de abril de 1989) no había llegado

a la edad de retiro forzoso. Tampoco se ha probado que no estuviese apta mental ni físicamente para el desempeño de sus labores. Pero como la edad de retiro forzoso se cumplió el 1o. de enero de 1993, según consta en la partida de nacimiento que obra al folio 14 del expediente, habrá de modificarse la sentencia consultada en cuanto ordena el reintegro al cargo y el pago de sueldos y prestaciones mientras no se cumpla tal reintegro, dado que éste no es legalmente posible.

Se ordenará entonces el pago de sueldos y prestaciones, sin solución de continuidad hasta el 31 de diciembre e 1992.

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. Confírmense los numerales 1o., 2o., 5o., 6o., 7o. y 8o. de la sentencia consultada, proferida el 5 de diciembre de 1991 por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro del proceso iniciado por Graciela Guzmán de Ortiz.

2o. Revócanse los numerales 3o. y 4o. de la misma providencia.

En su lugar se dispone:

3o. Como consecuencia de la anterior nulidad, no procede el reintegro al cargo puesto que la señora Graciela Guzmán de Ortiz cumplió la edad de retiro forzoso, el 1o. de enero de 1993.

4o. Condénase a la Nación -Ministerio de Educación Nacional- a pagar a la señora Graciela Guzmán de Ortiz los salarios dejados de devengar (incluidos los reajustes anuales) desde la fecha de su retiro del servicio y hasta el 31 de diciembre de 1992, lo mismo que el valor de las primas, bonificaciones y demás prestaciones sociales dejadas de percibir durante el mismo período, sin solución de continuidad.

De las anteriores sumas deberá descontarse a la señora Graciela Guzmán de Ortiz cuanto haya recibido del erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, en el mismo período, salvo las sumas percibidas por concepto de la pensión de jubilación y los emolumentos que por expresa autorización legal puedan devengar los docentes, conjuntamente con ella.

SECCION SEGUNDA

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 29 de abril de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora (aclara voto), Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

**ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR CARLOS
ARTURO ORJUELA GONGORA A LA SENTENCIA DEL 18 DE
MAYO DE 1993 DICTADA EN EL PROCESO No. 6513
AUTORIDADES NACIONALES.-**

Demandante: GRACIELA GUZMAN DE ORTIZ

Con el más profundo respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, y no obstante, compartir en su esencia la providencia adoptada en este proceso, me separo de lo dispuesto en la parte resolutive en cuanto al confirmar las condenas se ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra Entidad Oficial, para lo cual se invoca el artículo 128 de la Constitución Nacional.

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante.

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló -de manera reiterada- algunos razonamientos de la siguiente guisa:

"Tomando apoyo en el artículo 64 de la C.N. y en la circunstancia de que el ejecutante había devengado sueldo de la Policía Nacional, la entidad demandada excepcionó compensación, cobro de lo no debido y pago

SECCION SEGUNDA

respecto de los salarios y prestaciones que el demandante hace valer coercitivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca”.

“El artículo 64 de la Constitución Nacional dispone:

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 lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los departamentos y municipios.

“La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir más de una asignación del Erario Público; pero esa prohibición, por ser tal, no puede aplicarse a situaciones similares, así ellas revistan la condición de ser análogas puesto que, tanto en materia civil y por ende la laboral, en ese punto de prohibiciones rige el principio de la tipicidad; no hay prohibición sin ley que la consagre; la analogía en las penas es inadmisibles”.

“Nada impide recibir del Estado sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. Los casos de compatibilidad son numerosos. Piénsese por ejemplo, en el trabajador oficial favorecido con condena a cargo de entidad oficial obligada a pagarle indemnización moratoria conforme al artículo 1o. del Decreto 797 de 1949, cuando al mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaria con otra entidad oficial. La compatibilidad entre la indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza”.

La razón está en que la asignación, con su equivalente del sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo o indemnización, es decir, dos prestaciones (en sentido genérico) que tienen dos causas diferentes, no puede estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos. Pero si una erogación del Erario Público tiene su fuente en el contrato ficto de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo Erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64 no puede admitirse”.

“Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos. Porque el pago de salario dejado de percibir que ordenó la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios que el actor devengó por servicios prestados a la Policía Nacional tienen su fuente de esa relación de servicio...” (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Darío Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca). (Esta tesis se reiteró en el expediente No. 40878; Ponente H. Magistrado Dr. Alberto Rodríguez R.; marzo 11/87; de igual manera, en el Expd. No. 29629; Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G.; junio 5/84; en el Expd. No. 35949; Ponente: H. Magistrada Dra. Emilia Mesa S.; octubre 15/85; y posteriormente ha sido mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá).

Dichos planteamientos son válidos enfrente de la redacción de la Nueva Norma Constitucional (Art. 128).

De otro lado, es lo cierto que no existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica.

Por último, es ostensible que el juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la Ley.

Por estas sintéticas consideraciones, entonces no comparto la parte resolutive de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

**PERSONAL DOCENTE / PENSION DE JUBILACION / SALARIO
- Compatibilidad / ESCALAFON DOCENTE - Exclusion / EDAD DE
RETIRO FORZOSO / INSUBSISTENCIA - Improcedencia**

Como el disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro. En el presente caso, los medios de prueba obrantes el proceso muestran que el actor tiene reconocido, el derecho a pensión de jubilación, es persona responsable y de buena conducta, y el día en que se le retiró del servicio por insubsistencia no había llegado a la edad de retiro forzoso. Tampoco se ha probado que no estuviese apta mental ni físicamente para el desempeño de sus labores.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No 6514 Actor: LUCILA ORDOÑEZ DE MOSQUERA. AUTORIDADES NACIONALES.

En grado de consulta ha venido a esta sección del Consejo de Estado la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho y por intermedio de apoderado, formuló al tribunal las siguientes pretensiones:

1. Declarar la nulidad del acto por el cual fue retirada del servicio la docente.

2. Declarar que no ha existido solución de continuidad por parte del demandante en la prestación del servicio para todos los efectos salariales, prestacionales y profesionales en el escalafón.

Su alegato se basó fundamentalmente en que siendo docente escalafonada y no habiendo llegado a los 65 años para retiro forzoso, además de estar en aptitud física y mental para trabajar, gozaba de inamovilidad y no podía ser retirada del servicio a través de una medida discrecional como la insubsistencia.

LA SENTENCIA CONSULTADA

El tribunal declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con relación al demandado Departamento del Cauca y accedió a las súplicas de la demanda. Para hacerlo tuvo en cuenta que aún cuando en algún tiempo el consejo de estado sostuvo que la administración podía retirar libremente del servicio a un docente pensionado, posteriormente cambió su doctrina desde la sentencia de marzo 15 de 1989. Que al examinar el texto de los artículos 28 y 31 del decreto 2277 de 1979 y el artículo 5o. del Decreto 224 de 1972, resulta evidente que el Estatuto docente creó un derecho especial para los inscritos en el escalafón. Que es compatible, el disfrute simultáneo de pensión de jubilación y el ejercicio remunerado de la docencia y que la demandante, probó pertenecer al Escalafón Docente en el momento de su desvinculación, cuando no tenía edad de retiro forzoso, ni padecía deficiencias mentales o físicas.

EL CONCEPTO FISCAL

Estima la Fiscalía, que la decisión consultada por, medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda amerita ser confirmada y que el reintegro al cargo es procedente si no ha llegado la edad de retiro forzoso.

Surtido el trámite legal, sin que se observe causal de nulidad, se procede a decidir previas las siguientes

SECCION SEGUNDA

CONSIDERACIONES:

La Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos semejantes al que aquí se debate, y modificando una doctrina anterior, ha dicho que, como el disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén física y mentalmente aptos para sus tareas y, no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro.

Fue así como en sentencia de 15 de marzo de 1989, con ponencia del Consejero Doctor Alvaro Lecompte Luna (expediente 89512257. Actor: Luis Bernardo Castro Garzón), la Sala dijo:

“Porque en verdad, releyendo con más detenimiento las normas en cita (se refiere a los decretos leyes 224 de 1972 y 2277 de 1979), al observar que el ejercicio de la docencia “no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir 65 años de edad”, indudablemente la disposición **consagra un derecho** en favor de los docentes, que priva a la administración de la facultad discrecional de desvincularlos del beneficio que la ley ha establecido para ellos, de una manera incompleta desde la ley 12 y que ha venido consolidándose a través de leyes posteriores”.

En el presente caso, los medios de prueba obrantes el proceso muestran que el actor tiene reconocido el derecho a su pensión de jubilación, es persona responsable y de buena conducta, y el día en que se le retiró del servicio por insubsistencia no había llegado a la edad de retiro forzoso. Tampoco se ha probado que no estuviese apta mental ni físicamente para el desempeño de sus labores.

Siendo ello así, el análisis que hace el Tribunal sobre la controversia, así como su conclusión favorable a la actora, se ajustan a derecho, razón por la cual se confirmará en todas sus partes la sentencia consultada, salvo en lo relacionado con el reintegro por cuanto a la fecha de esta providencia la actora ha llegado a la edad de 65 años, y seis meses, debiéndose modificar el fallo consultado en este aspecto. (Fl. 27)

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, y de acuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

CONFIRMASE LA SENTENCIA CONSULTADA, PROFERIDA EL 21 DE NOVIEMBRE DE 1991 POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA DENTRO DEL PROCESO INICIADO POR LUCILA ORDOÑEZ DE MOSQUERA.

Adiciónase la sentencia en el sentido de ordenar que se descuente a la actora, cuanto haya recibido del erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, en el mismo período, salvo las sumas percibidas por concepto de la pensión de jubilación y los emolumentos que por expresa autorización legal puedan devengar los docentes, conjuntamente con ella.

No procede el reintegro de la actora por cuanto en la actualidad cuenta con más de 65 años de edad. El pago derivado del restablecimiento del derecho se hará solo hasta este límite de edad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la sala en sesión de mayo seis (6) de mil novecientos noventa y tres (1993)

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**PROVIDENCIA DE CONDENA / DESCUENTO - Improcedencia /
EMPLEADO PUBLICO - Inexistencia / ANALOGIA -
Improcedencia**

Las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante. No existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos ; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica. El juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA A LA SENTENCIA del 18 de mayo de 1993 DICTADA EN EL PROCESO N°. 6514 AUTORIDADES NACIONALES.

Demandante: LUCILA ORDOÑEZ DE MOSQUERA

Con el más profundo respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, y no obstante compartir en su esencia la providencia adoptada en este proceso, me

separo de lo dispuesto en la parte resolutive en cuanto al confirmar las condenas se ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra Entidad Oficial, para lo cual se invoca el artículo 128 de la Constitución Nacional.

En efecto, para el suscrito consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro “empleo público” u otra asignación que provenga del Tesoro Público”, sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló, de manera reiterada algunos razonamientos de la siguiente guisa:

“Tomando apoyo en el artículo 64 de la C.N. y en la circunstancia de que el ejecutante había devengado sueldo de la policía nacional, la entidad demandada excepcionó compensación, cobro de lo no debido y pago respecto de los salarios y prestaciones que el de mandante hace valer coercitivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca”.

“El artículo 64 de la Constitución Nacional dispone:

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 lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, los departamentos y municipios.

“La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir más de una asignación del Erario Público; pero esa prohibición, por ser tal, no puede aplicarse a situaciones similares, así ellas revistan la condición de ser análogas puesto que, tanto en materia civil y por ende la laboral, en ese punto de prohibición rige el principio de la tipicidad; no hay prohibición sin ley que la consagre; la analogía en las penas es inadmisibles”.

SECCION SEGUNDA

“Nada impide recibir del estado sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. Los casos de compatibilidad son numerosos. Piénsese por ejemplo, en el trabajador oficial favorecido con condena a cargo de entidad oficial obligada a pagarle indemnización moratoria conforme al artículo 1° del Decreto 797 de 1949, cuando al mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él, el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaria con otra entidad oficial. La compatibilidad entre la indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza”.

La razón está en que la asignación, con su equivalente del sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo o indemnización, es decir, dos prestaciones (en sentido genérico) que tienen dos causas diferentes, no puede estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos. Pero si una erogación del Erario público tiene su fuente en el contrato ficto de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo Erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64 no puede admitirse”.

“Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos. Porque el pago de salario dejado de percibir que ordeno la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios que el actor devengó por servicios prestados a la Policía Nacional tienen su fuente de esa relación de servicio..”(Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Darío Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca). (Esta tesis se reiteró en el expediente N°. 40878; Ponente H. Magistrado Dr. Alberto Rodríguez R.; marzo 11/87; de igual manera, en el Expd. N°.29629; Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G. ; junio 5/84; en el Expd. N°. 35949 ; Ponente: H. Magistrada Dra. Emilia Mesa S.; octubre 15/85; y posteriormente ha sido mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá).

Dichos planteamientos son válidos enfrente de la redacción de la Nueva Norma Constitucional (Art. 128).

De otro lado, es lo cierto que no existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos ; y como

bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica.

Por último, es ostensible que el juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Por estas sintéticas consideraciones, entonces no comparto la parte resolutive de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

**PERSONAL DOCENTE / PENSION DE JUBILACION /
SALARIO - Compatibilidad / EDAD DE RETIRO FORZOSO /
EXCLUSION DEL ESCALAFON.**

Como el disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).*

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 6528. Autoridades Nacionales. Actor: **HILDEBRANDO MUÑOZ ZUÑIGA**

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia proferida el 19 de noviembre de 1991 por el Tribunal Administrativo del Cauca.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho y por intermedio de apoderado, el señor Hildebrando Muñoz Zúñiga formuló al Tribunal las siguientes pretensiones:

“1. Declarar la nulidad del Decreto No.0486 de abril 19 de 1989 por el cual se retira del servicio al Docente Hildebrando Muñoz Zúñiga ubicado en el Grado 8 del Escalafón Nacional Docente, vinculado a la Concentración Escolar Escuela Rural Mixta “PIAGUA” Municipio del Tambo Cauca.

2. Declarar que no ha existido solución de continuidad por parte del Demandante en la prestación del servicio para todos los efectos salariales, prestacionales y profesionales en el Escalafón.

“Parte Condenatoria.

“1. Además de la Anulación del Acto Administrativo anteriormente descrito, respetuosamente solicito a título de restablecimiento del derecho violado, el reintegro de mi mandante al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior categoría y el reconocimiento y pago de los salarios dejados de devengar (incluidos los ajustes anuales que hace el Gobierno Nacional por la inflación), como por consecuencia del despido, primas, bonificaciones y demás adehalas a la asignación básica que se hayan causado desde el momento que se produjo desvinculación del cargo, hasta cuando se produzca, el fallo con materialización del reintegro.

“2. La liquidación de la condena deberá hacerse con ajuste de valor tomando como base el índice de precios al Consumidor, certificado por el DANE para cada año. (C.C.A. art. 178).

“3. Las condenas ordenadas en la Sentencia, deberán devengar intereses comerciales durante los 6 meses siguientes a su ejecutoria y moratorias después de ese término“.

Su alegato se basó fundamentalmente que siendo docente escalafonado y no habiendo llegado a los 65 años para retiro forzoso, además de estar en aptitud física y mental para trabajar, gozaba de inamovilidad y no podía ser retirado del servicio a través de una medida discrecional como la insubsistencia.

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con relación al demandado Departamento del Cauca y accedió a las súplicas de la demanda. Para hacerlo tuvo en cuenta: que aún cuando en algún tiempo el Consejo de Estado sostuvo que la Administración podía retirar libremente del servicio a un docente pensionado, posteriormente cambió su

SECCION SEGUNDA

doctrina desde la sentencia de marzo 15 de 1989. Que al examinar el texto de los artículos 28 y 31 del decreto 2277 de 1979 y el artículo 5o. del Decreto 224 de 1972, resulta evidente que el Estatuto Docente creó un Derecho especial para los inscritos en el escalafón. Que es compatible, el disfrute simultáneo de pensión de jubilación y el ejercicio remunerado de la docencia y que el demandante probó pertenecer al Escalafón Docente en el momento de su desvinculación, cuando no tenía edad de retiro forzoso, ni padecía deficiencias mentales o físicas.

Estima la Doctora Fiscal Quinto que la decisión consultada por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda amerita ser confirmada y que "el reintegro al cargo es procedente si no se ha llegado a la edad de retiro forzoso".

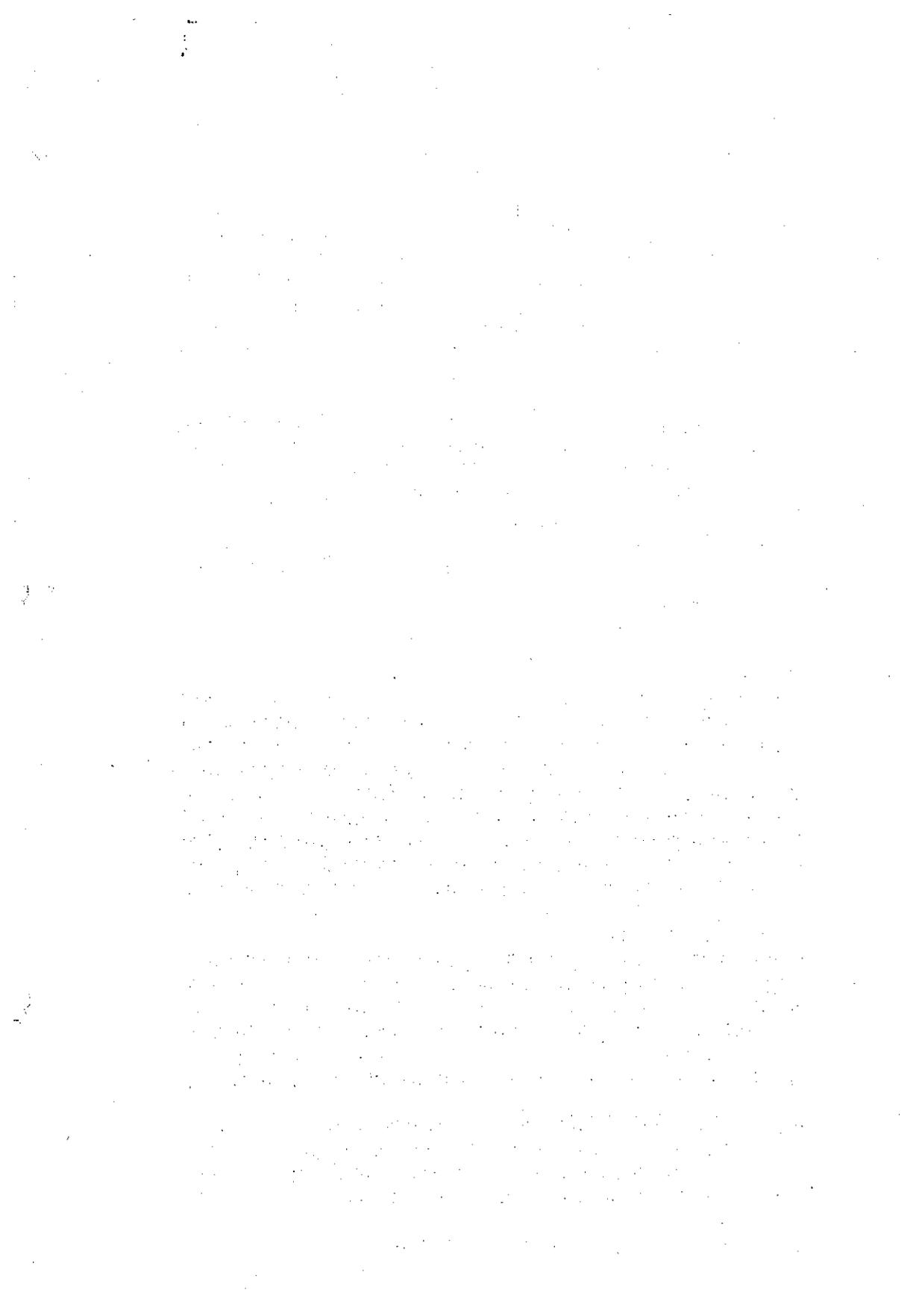
Surtido el trámite legal, sin que se observe causal de nulidad, se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos semejantes al que aquí se debate y, modificando doctrina anterior, ha dicho que, como el disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, y ellos tienen, derecho a permanecer en cuanto estén física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos de escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro.

Fue así como en sentencia del 5 de marzo, de 1989, con ponencia del Consejero Doctor Alvaro Lecompte Luna (Expediente 895-12257. Actor: Luis Bernardo Castro Garzón), la Sala dijo:

"Porque en verdad, relejendo con más detenimiento las normas en cita (se refiere a los decretos leyes 224 de 1972 y 2277 de 1979), al observar que el ejercicio de la docencia "no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario este mental y físicamente apto para la tarea docente pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir 65 años de edad", indudablemente la disposición consagra un derecho en favor de los docentes, que priva a la Administración de la facultad discrecional de desvincularlos del beneficio que la ley ha establecido para ellos, de una manera incompleta desde la ley 12, y que ha venido consolidándose través de leyes posteriores".



SECCION SEGUNDA

parte principal el Estado, en el mismo período, salvo las sumas percibidas por concepto de la pensión de jubilación y los emolumentos que por expresa autorización legal puedan devengar los docentes, conjuntamente con ella.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, (aclara voto); Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria

**PROVIDENCIA DE CONDENA/ DESCUENTO -
Improcedencia/ EMPLEADO PUBLICO - Inexistencia/
ANALOGIA - Improcedencia (Aclaración de Voto)**

Las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del Tesoro Público", sino que en verdad viene a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante. No existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos. El juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la Ley.

Con el más profundo respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, y no obstante compartir en su esencia la providencia adoptada en este proceso, me separo de lo dispuesto en la parte resolutive en cuanto al confirmar las condenas se ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra Entidad Oficial, para lo cual se invoca el artículo 128 de la Constitución Nacional.

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del "Tesoro Público", sino que en

SECCION SEGUNDA

verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló -de manera reiterada- algunos razonamientos de la siguiente guisa:

“Tomando apoyo en el artículo 64 de la C.N. y en la circunstancia de que el ejecutante habrá devengado sueldo de la Policía Nacional, la entidad demandada excepcionó compensación, cobro de lo no debido y pago respecto de los salarios y prestaciones que el demandante hace valer coercitivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca”.

“El artículo 64 de la Constitución Nacional dispone:

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 lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los departamentos y municipios.

“La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir más de una asignación del Erario Público; pero esa prohibición, por ser tal, no puede aplicarse a situaciones similares, así ellas revistan la condición de ser análogas puesto que, tanto en materia civil y por ende la laboral, en ese punto de prohibiciones rige el principio de la tipicidad; no hay prohibición sin ley que la consagre; la analogía en las penas es inadmisibles”.

“Nada impide recibir del Estado sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. Los casos de compatibilidad son numerosos. Piénsese por ejemplo, en el trabajador oficial favorecido con condena a cargo de entidad oficial obligada a pagarle indemnización moratoria conforme al artículo 10 del Decreto 797 de 1949, cuando al mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él, el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaria con otra entidad oficial. La compatibilidad entre la indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza”.

La razón está en que la asignación, con su equivalente del sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo o indemnización, es decir, dos prestaciones (en sentido genérico) que tienen dos causas diferentes, no puede estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos. Pero si una erogación del Erario Público tiene su fuente en el contrato ficto de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo Erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64 no puede admitirse”.

“Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos. Porque el pago de salario dejado de percibir que ordenó la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios que el actor devengó por servicios prestados a la Policía Nacional tienen su fuente de esa relación de servicio...” (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Darío Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca). (Esta tesis se reiteró en el expediente No 40.878; Ponente H. Magistrado Dr. Alberto Rodríguez R.; marzo 11/87; de igual manera, en el Expd. No. 29629; Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G.; junio 5/84; en el Expd. No 35949; Ponente: H. Magistrada Dra. Emilia Mesa S.; octubre 15/85; y posteriormente ha sido mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá).

Dichos planteamientos son válidos frente de la redacción de la Nueva Norma Constitucional (Art. 128).

De otro lado, es lo cierto que no existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica.

Por último, es ostensible que el juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la Ley.

Por estas sintéticas consideraciones, entonces no comparto la parte resolutive de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

SECCION SEGUNDA

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo veinte (20) de mil novecientos noventa y tres (1993).

**SILENCIO ADMINISTRATIVO / ACTO FICTO / NULIDAD -
Improcedencia / ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO**

El principio general de que para que proceda el restablecimiento del derecho debe anularse previamente el acto administrativo, no es aplicable en tratándose del acto ficto del silencio, pues éste por ser una presunción legal, no es factible de ser anulado.

**UNIVERSIDAD DE LOS LLANOS ORIENTALES / PERSONAL
DOCENTE / PRIMA DE ANTIGÜEDAD - Reajuste / PAGO /
SALARIO**

A partir del año de 1982, en cumplimiento y aplicación del decreto 0273/82 se cambió el sistema de liquidación y pago de salario, por manera que la remuneración mensual abarcó tanto el sueldo como la citada prima. En efecto, el decreto en mención en su art. 2o. señaló que "En el reajuste de la prima de antigüedad señalado en el artículo 1o., se entienden involucrados los incrementos por año cumplido de servicios ordenados para dicho personal en disposiciones anteriores a este Decreto". O sea, que de allí en adelante ese reconocimiento se hizo uniforme para todos los docentes de esa Institución -tanto los que no lo recibían antes como los que sí la venían percibiendo-, pero incluido dentro de su salario o asignación mensual.

SECCION SEGUNDA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra.: Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 6795 Autoridades Departamentales. Actor: CARLOS JULIO SEJIN PUCHE.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 26 de Febrero de 1992 por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante el cual se declaró inhibido para fallar en el fondo por falta del presupuesto procesal "demanda en forma".

LA DEMANDA:

El escrito de demanda formula unas pretensiones declarativas y otras de condena, a saber:

Que se declare que la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales incurrió en el fenómeno del silencio administrativo negativo y de igual manera, el derecho de la parte actora a disfrutar de una prima de antigüedad, con antelación de tres (3) años a la fecha de presentación de la petición respectiva; así mismo que se la condene a pagar dicha prima con efectos fiscales contados tres (3) años antes de la interrupción de la prescripción; y que para su cumplimiento se tenga en cuenta lo preceptuado en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Como hechos que fundamentan esas pretensiones se dice que la parte demandante está vinculada desde tiempo atrás a la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales; que el Decreto Legislativo No. 165 de 1981 y los que lo sucedieron anualmente, fueron regulando el pago porcentual de la prima de antigüedad-"; que la entidad demandada estableció en favor de sus empleados un reajuste "salarial" por ese concepto, primero en virtud del Acuerdo No. 073 de 1976, y posteriormente, mediante los Nos. 074 y 004 de 1980; igualmente, que le canceló ese derecho a varios docentes, se lo dejó de aplicar a otros y "para el año de 1982 le suprimió a todos el pago sin una justa causa legal atendible."; esto configura una injusticia, una discriminación y representa una rebaja salarial.

El *a quo* le ordenó corregir su demanda, lo que éste hizo mediante escrito visible de folios 31 a 40.

POSICION DE LA PARTE DEMANDADA:

La entidad demandada se hizo parte mediante apoderada judicial que contestó la demanda; propuso las excepciones de inepta demanda, insuficiencia de poder e inconstitucionalidad; y desde luego, pidió que se desestimaran las súplicas de aquélla.

LA SENTENCIA:

El Tribunal Administrativo del Meta consideró que debía inhibirse para fallar de fondo, porque en su sentir el demandante omitió solicitar la declaratoria de nulidad del acto negativo *ficto*; y así se pronunció, en efecto, “por falta de presupuesto de demanda en debida forma”

EL RECURSO:

En el escrito de sustentación del recurso la parte actora insistió en sus pedimentos y adujo que la demanda sí reunía los requisitos legales para que se resolviera en el fondo.

Toda vez que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a desatar el recurso de alzada, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Estima la Sala que no acertó el Tribunal al declararse inhibido para un pronunciamiento de fondo por haber omitido el accionante la solicitud de nulidad del acto presunto negativo que surgió del silencio de la administración, toda vez que el principio general de que para que proceda el restablecimiento del derecho debe anularse previamente el acto administrativo, no es aplicable en tratándose del acto *ficto* del silencio, pues este, por ser una presunción legal, no es factible de ser anulado. Por ello la Sala asumirá el estudio de fondo del litigio.

Las pretensiones del libelo se apoyan en varios Acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales, de los cuales se aportaron una copia parcial del 037/78 y una completa del 004/80. Así mismo, en los decretos “legislativos” 165/81 (Art. 2), que se refiere a otras materias bien distintas y por ello no es aplicable a este evento; 273/82 (Art. 1), 288/83 (Art. 2), 165/84 (Art. 2), 135/85 (Art. 2), 97/86 (Art. 2), 175/87 (Art. 2), 105/88 (Art. 2), 13/89 (Art. 2) y 60/90 (Art. 2).

SECCION SEGUNDA

De igual manera, se afirma en la demanda que la entidad demandada dejó de cancelar la "prima de antigüedad" para quienes la venía reconociendo, desde el año de 1982.

Empero como bien lo precisa la Universidad al oponerse a las pretensiones de la demanda, a partir de dicho año, en cumplimiento y aplicación del Decreto 0273/82 se cambió el sistema de liquidación y pago del salario, por manera que la remuneración mensual abarcó tanto el sueldo como la citada prima. En efecto, el decreto en mención en su artículo 2o. señaló que "En el reajuste de la prima de antigüedad señalado en el artículo 1o., se entienden involucrados los incrementos por año cumplido de servicios ordenados para dicho personal en disposiciones anteriores a este Decreto". O sea, que de allí en adelante ese reconocimiento se hizo uniforme para todos los docentes de esa institución - tanto los que no lo recibían antes como los que sí la venían percibiendo-, pero incluido dentro de su salario o asignación mensual.

En ese orden de ideas, es claro que lo que se demanda ya fue pagado por la entidad demandada y por ello la decisión deberá ser denegatoria.

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 proferida el 26 de Febrero de 1992 por el Tribunal Administrativo del Meta en el juicio instaurado por Carlos Julio Sejin Puche; en su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, y devuélvase al Tribunal de Origen .

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión del día doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Diego Younes Moreno, Clara Forero Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

**JURISDICCION ORDINARIA / COMPETENCIA FUNCIONAL /
CONTRATO DE TRABAJO**

Para la Sala no hay duda sobre la existencia de una real controversia jurídica entre el banco demandante y el sindicato de sus trabajadores, cuya decisión está atribuída a los jueces del trabajo, a términos del art. 2o. del C.P. del T., por originarse directamente en el contrato de trabajo que vincula a aquellos con el actor.

**MINISTERIO DE TRABAJO - Funciones / PODER DE POLICIA
ADMINISTRATIVA - Límites / CONTROVERSIAS JUDICIALES /
RAMA JUDICIAL / COMPETENCIA.**

El art. 486 del C.S. del T., modificado por el art. 41 del Decreto Legislativo 2351 de 1965, si bien atribuye funciones de policía a los funcionarios de dicho Ministerio que indique el Gobierno, para los efectos de la vigilancia y control que deben ejercer en orden a impedir que se violen las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión y del derecho de libre asociación sindical, les impide al mismo tiempo declarar derechos individuales o definir controversias cuya decisión está atribuída a los jueces, aunque sí los autoriza para actuar en esos casos como conciliadores. Desde luego, la Sala entiende la diferencia que existe entre las funciones de policía de las judiciales. Pero los términos del numeral 1o. del art. 486 del C.S. del T., no pueden servir de fundamento para que pretendiendo ejercer las primeras, se resuelvan en la práctica controversias que solo los jueces pueden decidir, olvidándose que sin lugar a duda la ley solo faculta en esos casos a los funcionarios de la policía laboral para actuar como conciliadores, nada mas.

SECCION SEGUNDA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente No. 5354., Resoluciones Ministeriales, Actor:
BANCO DE COLOMBIA.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el BANCO DE COLOMBIA contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 15 de agosto de 1990, por medio de la cual se negaron sus pretensiones de nulidad de las resoluciones de las autoridades administrativas del trabajo con sede en ese Departamento, que lo conminaron con sanción de multa en caso de no suministrar calzado y vestido de labor a los trabajadores que tiene en ese territorio en la forma condiciones y circunstancias que señala la Ley 11 de 1984, artículo 7o..

En los hechos de la demanda se relató la expedición de los actos acusados, las resoluciones E-033 del 19 de junio de 1987 del Jefe de la Sección de Inspección de Trabajo de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Santander, que conminó al Banco como ya dijo, E-053 dictada por el mismo funcionario que no repuso la anterior y la A-0134 del 13 de noviembre siguiente proferida por el Jefe de esa División que la confirmó en sede de apelación; que la actuación administrativa se originó en la solicitud hecha por el Sindicato Nacional de Trabajadores del Banco de Colombia, Seccional Bucaramanga, que denunció la violación del artículo 7o. de la Ley 11 de 1984; que las mencionadas autoridades decidieron mediante dichos actos que el Banco de Colombia, Sucursal Bucaramanga, estaba obligado a suministrar zapatos y vestido de labor a sus trabajadores, según tal normatividad; que ello significa que al demandante le impusieron los actos acusados la obligación de efectuar dicho suministro, pues no otra cosa significa haberlo conminado para que lo demuestre en el término de 5 días, bajo pena de ser sancionado; que el hecho que ha originado el conflicto jurídico entre el mencionado Sindicato y el Banco consiste en que este ha negado el suministro de los elementos que determina el artículo 7o. ya nombrado, basado en el hecho de que sus trabajadores prestan el servicio que es propio de las actividades bancarias con calzado y vestido normales, las cuales no requieren que ellos sean especiales y que, tanto dicho artículo 7o. como el Decreto 982 de 1984, que lo reglamentan, se refieren, respectivamente a “vestido de labor” y a “calzado y vestido de labor que se requiere para desempeñar una función o actividad determinada”; que en cambio Sindicato considera que los trabajadores del Banco de Colombia, sí tienen derecho a esa prestación; que lo anterior evidencia nítidamente un conflicto jurídico

sobre aplicación e interpretación de normas jurídicas de derecho laboral; que lo que sirve de fundamento a la demanda es la intervención de funcionarios del Ministerio aludido, en un conflicto Jurídico, invadiendo funciones atribuidas a la jurisdicción del trabajo.

En el capítulo de normas violadas y concepto de violación se invocaron los artículos 26, 28, 55 inciso 2o., 58 y 164 de la Constitución Política anterior, 1o. y 4o. del Decreto Legislativo 2158 de 1948 (Código Procesal del Trabajo), 485 y 486 del C.S. del T., modificado el último por el 41 del Decreto Legislativo 2351 de 1965 y por el artículo 24 de la Ley 11 de 1984.

En el concepto de la violación se afirma que los funcionarios del mencionado Ministerio no tienen competencia para declarar derechos individuales ni para definir conflictos jurídicos o controversias cuya decisión corresponde a los jueces; que se infringieron las normas de la Constitución Política porque ellas establecen la división del poder público en tres ramas, cada una de las cuales cumple funciones separadas y específicas principio que es garantía real de los derechos consagrados en la ley; que la función jurídica de resolver conflictos jurídicos y de determinar en cada caso concreto, si una persona está obligada al pago de prestaciones de naturaleza laborales de competencia exclusiva de los órganos de la jurisdicción que, respecto de derechos y obligaciones que se derivan directa o indirectamente del contrato de trabajo, se ejerce únicamente por la jurisdicción laboral; que es manifiesto que al expedirse los actos acusados se usurparon las funciones de los jueces del trabajo al decidir que los trabajadores del Banco tienen determinado derecho frente a su empleador que aparece como la persona obligada; y remata el cargo el Banco demandante expresando su interpretación del artículo 7o. de la Ley 11 de 1984.

También se plantea que con la expedición de los actos acusados se incurrió en desviación de poder y se hace consistir en que como a dichas autoridades no les corresponde resolver conflictos jurídicos, cuando se controvierten derechos de las personas implicadas en una relación laboral y ellas usurparon funciones jurisdiccionales, resulta que los actos acusados implican clara desviación hacia funciones que no les competen.

El Ministerio, se opuso a las pretensiones y propuso como excepción la no comprensión en la demanda de todas las personas que deben integrar el litis consorcio necesario (artículos 144 y 163 del C.C.A Y 97 del C. de P.C.), por cuanto el SENA "sería su extremo beneficiario de la conminación" dispuesta en los actos acusados y por tanto tiene interés legítimo y directo en la decisión.

La Sentencia Apelada, consideró que los actos acusados no declaran derechos individuales ni resolvieron conflicto o controversia que corresponda a

SECCION SEGUNDA

los jueces del trabajo, habiéndose ejercido el poder de policía consagrado en la ley y que tampoco se demostró que se hubiera incurrido en desviación de poder.

La vista Fiscal. El Ministerio Público en su vista Fiscal solicitó se revoque la sentencia apelada por considerar que los actos acusados, por su contenido, declararon que el Banco demandante tiene a su cargo determinada obligación frente a sus trabajadores (suministrar calzado y vestido de labor), cuestión que corresponde definir a la jurisdicción de los jueces del trabajo, desbordándose así los límites de las atribuciones que les fija la ley a los funcionarios que los expidieron.

Para resolver, se considera:

1. Respecto de la excepción propuesta por el Ministerio observa la Sala que el SENA, con arreglo al numeral 2o del artículo 486 del C.S. del T., es el beneficiario de las multas allí previstas. Pero, en primer término, la ley no lo llama como parte en el trámite que conduzca a imponer esas sanciones y se limita a disponer que ellas serán con destino a dicho ente, de tal manera que esta jurisdicción sí puede resolver sobre la validez de los actos que las impongan sin su comparecencia, no siendo, consecuentemente, un *litis consorte* necesario, sino potestativo, para lo cual puede comparecer al proceso en el momento en que a bien lo tenga, o abstenerse de hacerlo. Además, en este caso, los actos acusados no imponen multa alguna sino que amenazan o conminan, so pena de imponerla, para que dentro de cierto término se acredite el cumplimiento de determinada obligación.

Luego, la excepción propuesta no está demostrada.

2. En lo referente al fondo del asunto, observa la Sala que la discusión sobre la interpretación del artículo 7o. de la Ley 11 de 1984, llegó hasta el punto de que el Banco demandante se acogía al criterio de la Oficina Jurídica del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social "donde se consigna que los Bancos por la naturaleza del trabajo no están obligados a cubrir tal prestación", como se lee en la motivación del acto principal acusado (fl. 2 cuaderno No. 2).

3. Entonces, para la Sala no hay duda sobre la existencia de una real controversia jurídica entre el Banco demandante y el Sindicato de sus trabajadores, Seccional Bucaramanga, sobre los alcances de la mencionada norma, cuya decisión está atribuida a los jueces del trabajo, a términos del artículo 2o. del C.P. del T., por originarse directamente en el contrato de trabajo que vincula a aquellos con el actor.

4. El artículo 486 del C.S. del T., modificado por el artículo 41 del Decreto Legislativo 2351 de 1965, si bien, atribuye funciones de policía a los funcionarios de dicho Ministerio que indique el Gobierno, para los efectos de la vigilancia y control que deben ejercer en orden a impedir que se violen las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión y del derecho de libre asociación sindical, les impide al mismo tiempo declarar derechos individuales o definir controversias cuya decisión está atribuída a los jueces, aunque sí los autoriza para actuar en esos casos como conciliadores.

5. De donde se concluye que frente a la controversia planteada, los funcionarios que expidieron los actos acusados solo podían actuar como conciliadores, pero no decidirla amenazando con multa al Banco demandante sino demostraba, en el término perentorio que le fijó, que había suministrado a sus trabajadores calzado y vestido de labor.

6. Desde luego, la Sala entiende la diferencia que existe entre las funciones de policía de las judiciales. Pero los términos del numeral 1o. del artículo 486 del C.S. del T., no pueden servir de fundamento para que pretendiendo ejercer las primeras, se resuelvan en la práctica controversias que solo los jueces pueden decidir, olvidándose que sin lugar a duda la ley, solo faculta en esos casos a los funcionarios de la policía laboral para actuar como conciliadores, nada mas.

7. En las condiciones que se dejan expuestas, huelga el estudio del vicio de desviación de poder que le endilga la demanda a las resoluciones impugnadas.

Consecuentemente, la Sala revocará la sentencia apelada y, en su lugar, declarará que son nulas las mencionadas resoluciones, pero negará la petición para que se declare que el Banco demandante “no está obligado al pago de las prestaciones por las cuales se le conminó” por la potísima razón de que tal declaración no solo es de competencia de los jueces del trabajo, sino que, además, tampoco es consecuencia necesaria de la nulidad de los actos acusados.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en el proceso promovido por el Banco de Colombia y, en su lugar, se dispone:

SECCION SEGUNDA

1o. DECLARASE que son nulas las Resoluciones E-033 y E-053 de 1987, proferidas por la Jefatura de la Sección de Inspección de Trabajo de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Santander y la A-0134 del mismo año, proferida por la Jefatura de la mencionada División.

2o. DENIEGASE la pretensión segunda de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 29 de abril de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**CARRERA JUDICIAL / ESCALAFON / JUDICIAL - Inexistencia /
JUEZ DE CIRCUITO / NOMBRAMIENTO EN INTERINIDAD /
NOMBRAMIENTO EN PROPIEDAD / PERIODO JUDICIAL /
FUNCIONARIO JUDICIAL / EMPLEADO DE LA RAMA
JUDICIAL - Estabilidad/ NOMINADOR / Facultades**

El actor no estaba escalafonado en la carrera judicial, razones por las cuales no le asistía derecho alguno a la estabilidad relativa en el empleo que ocupaba; ya que de otro lado la figura de la “prórroga automática de la investidura”, con base en lo establecido en el art. 51 del decreto 1660 de 1978, no es aplicable en el caso sub examine, porque tal disposición se refiere a los empleados judiciales y no a los funcionarios judiciales como en el caso del demandante, que tenía esta última categoría dentro de la Rama Jurisdiccional, por desempeñarse como Juez de la República. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 25 de junio de 1987, declaró inexecutable los apartes del art. 29 del decreto 052 de 1987, que obligaban a hacer la elección “en estricto orden de resultados” y “en riguroso orden de mérito”; de tal forma, que los organismos judiciales nominadores recobraron la atribución de seleccionar a los magistrados y jueces sin sujeción al orden estricto que hubiesen registrado los concursos. En lo atinente a la supuesta obligación que según el art. 8o. de la ley 12 de 1945 tenía el Tribunal de designar en propiedad al actor por haber ocupado el cargo por más de noventa días, es de anotar que esta disposición fue tácitamente derogada por el art. 10 del decreto ley 250 de 1970.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION SEGUNDA

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 5412. Autoridades Nacionales. Actor: JOSE CARLOS RAMOS VIVES.

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia del 25 de julio de 1990, dictada, por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

ANTECEDENTES.

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", actuando en su propio nombre, el abogado José Carlos Ramos Vives presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Atlántico con el fin de que se declare nulo el acto administrativo proferido por dicho Tribunal contenido en el acuerdo número 1558 del 5 de agosto de 1988, mediante el cual se removió al actor del cargo de Juez Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla, por haber sido designado en su reemplazo el doctor Emil Pulgar Lemus.

Como restablecimiento del derecho, la parte actora pidió su reintegro al referido empleo, que se condene a la Nación a pagarle los salarios y prestaciones que dejó de devengar desde la desvinculación del servicio hasta el día del reintegro o hasta el 31 de agosto de 1989, en el evento de que no se disponga su reincorporación, y se condene a la Nación a pagar el valor de los perjuicios morales causados por la indebida remoción del cargo, los cuales se estiman en el equivalente a mil gramos oro; solicita igualmente que para todos los efectos legales se declare que no ha existido solución de continuidad en sus servicios y que a la sentencia se le de cumplimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo (folios 89 y 90).

Afirma el demandante en el libelo, que fue designado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla para desempeñar en propiedad el empleo de Juez Tercero Laboral del Circuito de esa ciudad, por el período legal comprendido entre el 1 de septiembre de 1985 hasta el 31 de agosto de 1987, el cual ejerció previa confirmación y posesión; que vencido el período legal para el cual el actor fue nombrado, continuó desempeñándolo, sin solución de continuidad por un lapso superior a noventa días en el nuevo período que se inició el 1.º de septiembre de 1987, debido a que el Tribunal no designó en su oportunidad legal otra persona para ejercer el cargo y que el demandante aspiraba a ser reelegido en él; que el Tribunal el 5 de agosto de 1988 designó al señor Emilio Pulgar Lemus en provisionalidad, en su reemplazo, para el resto del período que ese inició el 1.º de septiembre de 1987, acto que viola la

Constitución, la ley, el estatuto de la carrera judicial y fue proferido en forma irregular y con abuso y desviación de las atribuciones propias del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. Finaliza diciendo que el acto acusado lesiona sus derechos, ocasionándole graves perjuicios de índole moral, profesional y patrimonial.

Como disposiciones violadas el libelo cita, los artículos 2, 16, 17, 20, 30, 55, 63, 157, 158, 160 y 162 de la carta de 1886; artículo 8 de la ley 12 de 1945; artículo 4 de la ley 21 de 1958; artículo 7 del decreto ley 900 de 1969; artículo 26 del decreto 1660 de 1978; decreto ley 250 de 1970; decreto 052 del 13 de enero de 1987; acuerdo número 3 del 21 de agosto de 1987; artículos 299, 305 y 282 del Código de Régimen Político y Municipal; artículo 11 de la ley 153 de 1887 y artículo 66 de la ley 167 de 1941 (folio 91).

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal del conocimiento accedió parcialmente a las súplicas de la demanda (folios 180 a 193), teniendo en cuenta para el efecto un caso similar en que se pronunció el *a-quo* en fallo del 16 de diciembre de 1987, actor Guido A. Mazenette, según el cual, en síntesis, la remoción del actor fue contraria a lo dispuesto en el artículo 8 de la ley 12 de 1945 que determina que la interinidad en la administración de justicia no podrá durar más de 90 días y que los funcionarios que se encuentren en esta situación deberán obtener la confirmación de su elección o nombramiento; que es un deber para el funcionario o corporación nominadora nombrar en propiedad al empleado que se encuentre en esta circunstancia, previa petición del mismo.

Añade el *a-quo* en la sentencia consultada, que el Tribunal Superior de Barranquilla tenía la obligación de designar en propiedad al demandante en el empleo de Juez Tercero Laboral del Circuito de dicha ciudad, por haber obtenido ese derecho en virtud de las normas legales que integran el estatuto de la carrera judicial, y teniendo en cuenta un caso similar al presente, analizado por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo con ponencia del Consejero de Estado Doctor Jorge Penen, en sentencia del 6 de abril de 1989, expediente número 0228, actor Oscar Osorio Gómez; que en concordancia con los fallos aludidos se concluye que la demanda es viable en lo que se refiere a la interinidad en que estuvo el actor por más de 90 días en el empleo que ocupaba, una vez vencido el período constitucional para el cual fue designado; que el restablecimiento del derecho se limita a que se le reconozcan al demandante sus sueldos y prestaciones causados hasta el 31 de agosto de 1989, fecha en que finalizaba el período legal iniciado el 1o. de septiembre de 1987.

SECCION SEGUNDA

LA VISTA FISCAL.

La Fiscalía Novena del Consejo de Estado, en su concepto de mayo 28 de 1991 (folios 207 a 215), es de opinión que se confirme la sentencia consultada, pues aunque no comparte su motivación, está de acuerdo con su parte resolutive, pues en sentir de la distinguida colaboradora fiscal el Tribunal Superior de Barranquilla desconoció para la escogencia del Juez 3o. Laboral del Circuito, la normatividad dictada con fundamento en los decretos 250 de 1970 y 052 de 1987, por el Consejo Superior de la Administración de Justicia.

Cumplido el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar en el caso *sub-lite* la legalidad del acuerdo número 1558 del 5 de agosto de 1988, expedido por el Tribunal Superior de Distrito judicial de la ciudad de Barranquilla, mediante la cual se designó en provisionalidad al doctor Emil Pulgar Lemus, como juez 3o. Laboral del Circuito de dicha ciudad, en sustitución del demandante, quien no fue elegido para el citado empleo judicial (folios 37, 49, 58 y 69).

Consta en el proceso que el actor se incorporó al servicio de la Rama Jurisdiccional el 19 de mayo de 1982 como Juez Promiscuo municipal de Baranoa; que luego fue elegido Juez 3 Laboral del Circuito de la ciudad de Barranquilla para los períodos de 1983-1985 y 1985-1987; que desempeñó este cargo hasta el 15 de septiembre de 1988 (folios 85 y 125) y para la elección de jueces en el período de 1987-1989, se inscribió y participó en concurso de la carrera judicial; que para el efecto obtuvo una calificación de 40 puntos como candidato a ser reelegido en el cargo que venía desempeñando (folio 33), que quien fue designado en reemplazo del actor se desempeñaba como Juez Promiscuo Municipal de Juan de Acosta, concursó en la carrera judicial, obtuvo una calificación de 32 puntos y fue ubicado en la lista de elegibles para los empleos de jueces promiscuos municipales (folio 36 bis).

Así las cosas, de conformidad con los documentos aportados al proceso, se determina que para el momento de la desvinculación del servicio, el actor desempeñaba el cargo de juez tercero laboral del circuito de Barranquilla dentro de un período para el cual no había sido designado, pues consta en el proceso que la última elección en propiedad que se le hizo al demandante se llevó a cabo mediante el acuerdo número 1309 del 6 de agosto de 1985; que se posesionó el 6 de septiembre de éste en dicho cargo y lo ejerció hasta el día 15 de septiembre

de 1988 (folios 85 y 125); que el actor no estaba escalafonado en la carrera judicial, razones por las cuales no le asistía derecho alguno a la estabilidad relativa en el empleo que ocupaba; ya que de otro lado la figura de la “prórroga automática de la investidura”, con base en lo establecido en el artículo 51 del decreto 1660 de 1978, no es aplicable en el caso *sub-examine*, porque tal disposición se refiere a los empleados judiciales no a los funcionarios judiciales como en el caso del demandante, que tenía esta última categoría dentro de la Rama Jurisdiccional por desempeñarse como Juez de la República.

En el caso *sub-júdice* se tiene que el nombre del señor José Carlos Ramos Vives sí fue tenido en cuenta por el tribunal superior cuando hizo la elección de los jueces laborales del circuito de Barranquilla; tanto es así que a folio 69 del expediente aparece lo siguiente:

“Para Juez Tercero Laboral del Circuito es postulado el doctor José Carlos Ramos Vives, efectuada la votación obtuvo a su favor seis (6) votos afirmativos, un (1) voto negativo y tres (3) votos en blanco, efectuada la segunda votación obtuvo a su favor seis (6) votos afirmativos, dos (2) votos negativos y dos (2) votos en blanco, resultando en consecuencia no elegido. Por el anterior resultado es postulado el doctor emil pulgar lemus y. efectuada la votación correspondiente obtuvo a su favor nueve (9) votos afirmativos, un (1) voto en blanco, resultando en consecuencia elegido. Elección que se hace en provisionalidad.” (acta de la sesión plena efectuada el 5 de agosto de 1988 por el Tribunal Administrativo de Barranquilla, folio 58).

La Sala debe recordar que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 25 de junio de 1987, declaró inexecutable los apartes del artículo 29 del Decreto 052 de dicho año, que obligaban hacer la elección “en estricto orden de resultados” y “en riguroso orden de mérito”; de tal forma, que los organismos judiciales nominadores recobraron la atribución de seleccionar a los magistrados y jueces sin sujeción al orden estricto que hubiesen registrado los concursos.

No se violó, por ende, en este asunto, norma legal alguna, como acaba de verse.

En lo atinente a la supuesta obligación que según el artículo 8o. de la Ley 12 de 1945 tenía el Tribunal de designar en propiedad al actor por haber ocupado el cargo por más de noventa días, es de anotar que esta disposición fue tácitamente derogada por el artículo 10 del Decreto Ley 250 de 1970.

Finalmente, como es de conocimiento, con la vigencia del Decreto Ley 052 de 1987, los tribunales se abstuvieron de nombrar a los jueces para el

SECCION SEGUNDA

período 1987-1989 en las fechas señaladas por normas anteriores, con el fin de acatar lo estatuido por los nuevos preceptos sobre la materia, entre ellos, la práctica de concursos y el lleno de los demás requisitos, por lo que los jueces que venían del período precedente continuaron en sus cargos en interinidad y una vez cesaron las causas para esa interinidad, se procedió a realizar las elecciones para el período que se encontraba en curso (1987-1989).

La Corporación, por consiguiente, al no encontrar razones para anular el acto demandado, deberá revocar la sentencia consultada y, en su lugar, denegará las súplicas del escrito introductorio.

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 proferida el 25 de julio de 1990 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en el proceso incoado por el señor José Carlos Ramos Vives con el fin de obtener la nulidad del acuerdo número 1558 del 5 de agosto de 1988 dictado por el tribunal superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

2o. Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 29 de abril de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

INSUBSISTENCIA / INDICIOS

El hecho probado de que el actor hubiese solicitado y mostrado su interés de trasladar o remover del cargo al demandante, constituye un indicio contingente, no necesario que como tal, no puede considerarse como prueba de que los motivos que indujeron al funcionario nominador a declarar la insubsistencia, fueron diferentes al ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, con fines del buen servicio, porque una cosa es que existan indicios procesalmente válidos del hecho desconocido que se investiga y otra muy distinta que esos indicios tengan eficacia probatoria para que el juez, declare la existencia de aquel hecho (según se trate de indicios positivos o negativos); es decir, tal como ocurre en cualquier otro medio prueba los indicios, plena y válidamente establecidos, pueden resultar suficientes o ineficaces para otorgarle al juez la certeza que necesita el hecho que investiga.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia : Expediente No. 6004. Autoridades Nacionales. Actor: LUIS ALBERTO DIAZ POLANIA.

Corresponde a la Sala decidir acerca de la consulta de la sentencia de siete (7) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso que, por intermedio de apoderado, promoviera el señor Luis Alberto Díaz Polanía contra la Nación-Ministerio de Salud-, encaminada a obtener la

SECCION SEGUNDA

nulidad del decreto número 3168 de 7 de octubre de 1986, expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Salud, por el cual se declaró la insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Jefe de Sección, Grado 09, Código 2075, de la Sección de Contabilidad de Finanzas de la División Asistencia Administrativa del Ministerio de Salud.

El fallo favorable a las pretensiones de la parte, actora resolvió:

“1o. Declárase la nulidad del artículo 1o. del decreto 3168 del 7 de octubre de 1986, expedido por el señor Presidente de la República y su Ministro de Salud, mediante el cual se declaró la insubsistencia del actor en el cargo de Jefe de Sección, Código 2075, Grado 09 de la Sección de Contabilidad de la Unidad de Finanzas de la División de Asistencia Administrativa del Ministerio de Salud.

2o. Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, el señor Presidente de la República y su Ministro de Salud, procederán dentro de los términos del artículo 176 del C.C.A., a reintegrar al señor LUIS ALBERTO DIAZ POLANIA, identificado con la c.c No.17'000.949 de Bogotá, al cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior categoría, así como reconocerle y pagarle todos los sueldos, aumentos, primas vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde cuando se le separó del servicio público y hasta cuando se opere su reintegro, considerándose que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en el desempeño del cargo.

3o. De lo que la Nación-Ministerio de Salud-, resulte a deberle al señor LUIS ALBERTO DIAZ POLANIA, como consecuencia de este fallo, le descontará lo que hubiere percibido de entidades, de carácter oficial durante el mismo término y por los mismos conceptos.”

Mediante auto de 12 de agosto de 1991, se dio el trámite previsto en el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, corriéndose traslado a las partes para que presentaran sus alegatos por escrito, sin que lo hicieran. La Fiscalía Novena (hoy Procuraduría Novena Delegada ante el Consejo de Estado), al descorrer el traslado de rigor, previo el análisis de las causales de anulación del acto que se invocaron en la demanda, estima que, si bien no existe violación de las normas constitucionales y legales citadas por el actor, “el cargo que sí está llamado a prosperar, a juicio de esta Fiscalía, es el que se sustenta en la afirmación que hace el actor de que el acto no fue dictado con fundamento en razones del buen servicio público, sino en motivos

completamente diferentes a él". De los testimonios que obran en el proceso y que dan cuenta de que el señor Andrés Mariño solicitó a la Vice-Ministra de Salud, el traslado o remoción del actor, a lo que se agrega, dice la fiscalía, el testimonio sospechoso rendido por el mismo señor Mariño, quien en su declaración manifiesta no recordar haber hecho tal solicitud, "permite inferir que el declarante faltó a la verdad, omitiendo responder concretamente la pregunta, movido por los mismos sentimientos que otrora lo llevaron a solicitar, y, finalmente, a obtener el retiro de la administración", debiéndose, por tal motivo, confirmar la sentencia consultada.

Agotado el procedimiento de ley sin que se observe defecto que pueda viciar de nulidad adjetiva la actuación.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

La Sala comparte plenamente los criterios expuestos por el Tribunal de instancia y la agencia fiscal del estrado, en cuanto se refieren a la inexistencia de violación de las normas constitucionales y legales invocadas en el correspondiente libelo demandatorio, pues, en realidad, como bien lo afirman, la falta de anotación en la hoja de vida del actor de los motivos y razones del acto de insubsistencia, por ser un hecho posterior y no pertenecer a su esencia, no constituye causal de nulidad. Con relación a la violación del derecho de defensa y del debido proceso, al no tratarse de un acto reglado sino discrecional, que para su dictación no se requiere de procedimiento previo ni de motivación alguna, tampoco puede prosperar la impugnación.

Empero, disiente la Sala acerca de los razonamientos expuestos en la parte motiva del fallo que llevaron al *a-quo* a declarar la nulidad del acto acusado, ni los esgrimidos por el Ministerio Público para solicitar la confirmación de la sentencia motivo de la consulta, pues, el hecho probado de que el señor Andrés Mariño hubiese solicitado y mostrado su interés de trasladar o remover del cargo al demandante, constituye, un indicio contingente, no necesario que, como tal, no puede considerarse como plena prueba de que los motivos que indujeron al funcionario nominador a declarar la insubsistencia, fueron diferentes al ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, con fines del buen servicio, porque una cosa es que existan indicios procesalmente válidos del hecho desconocido que se investiga y otra muy distinta que esos indicios tengan eficacia probatoria para que el juez declare la existencia de aquel hecho (según se trate de indicios positivos o negativos); es decir, tal como ocurre en cualquier otro medio de prueba, los indicios, plena y válidamente establecidos, pueden resultar insuficientes o ineficaces para otorgarle al juez la certeza que necesita sobre el hecho que investiga.

SECCION SEGUNDA

Todo indicio tiene alguna significación probatoria, debido a la relación lógica que lo vincula con el hecho desconocido que se investiga, pero, salvo cuando se trate del caso excepcional de un indicio necesario, ese contenido varía respecto de cada uno y del conjunto formado por varios, desde el mínimo hasta el máximo grado, en escala imposible de determinar. De acuerdo con esto, el hecho indicado puede aparecer, en virtud de los indicios válidamente probados, como apenas remotamente posible, o como menos probable que improbable, o como tan probable como improbable, o como muy probable, o como seguro y cierto; en cada una de estas hipótesis, el hecho investigado puede aparecer más o menos verosímil, excepto en la última que supone su existencia o inexistencia. Sólo en el último caso habrá prueba del hecho con esos indicios. Los resultados dependen fundamentalmente de la preparación del juez y del método adecuado o inadecuado que siga para precisar su valor probatorio. El principio de que mientras el juez no tenga certeza sobre un hecho, no puede considerarlo probado, rige siempre, cuales quiera que sean los medios empleados para verificarlo, en toda clase de procesos (penales, civiles, comerciales, laborales, etc). Y para que esa certidumbre pueda ser adquirida con fundamento en los indicios que aparezcan plena válidamente probados, son indispensables los siguientes requisitos:

a) La conducencia de la prueba indiciaria respecto del hecho investigado....

b) Que esté descartada razonablemente la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el investigado sea aparente, por obra de la casualidad o el azar. La fuerza probatoria de los indicios depende de la mayor o menor firmeza de la conexión causal que exista entre ellos y el hecho desconocido que se investiga. Por consiguiente, si existe la posibilidad de que se trate de una falsa conexión, creada obra del azar, el juez no puede fundar sólo en ellos su convencimiento, porque no serán una prueba plena. El azar consiste en que a pesar de la aparente conexión de causalidad entre el hecho probado y el desconocido, en realidad tienen causas separadas e independientes entre sí.

Para desvirtuar esa posibilidad, es indispensable que existan otras pruebas que conduzcan a la misma conclusión que los indicios contingentes o que en virtud del número plural de éstos aparezca increíble tal azar; lo último explica por qué si se trata de indicios contingentes deben ser varios y graves, pues, cuanto mayor sea el número de los que conduzcan al mismo hecho, menor es la posibilidad de que todos hayan sido obra del azar; ésta va disminuyendo a medida que aumentan aquellos. Es indispensable que la certeza de que esa

conexión sea verídica, para que los indicios merezcan plena credibilidad. Este requisito está contemplado en el artículo 250 del C.P.C.

d) Que aparezca clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho indicador (o el conjunto, si son varios contingentes) y el indicado. Este requisito rige tanto para el indicio necesario, como para el contingente, y apenas varía el carácter de ese vínculo de causalidad, que en el primero es constante e ineludible por lo que uno solo engendra certeza, el paso que en el segundo es ordinario y corriente, porque corresponde al modo natural de ser, y, por tanto, únicamente significa una probabilidad de grado mayor o menor según las circunstancias de cada caso; sin embargo, la concordancia y convergencia de varios indicios contingentes puede elevar esa probabilidad hasta convertirla en certeza, porque esa relación de causalidad aparece clara y cierta, respecto de cada indicio en particular y con mayor razón de su conjunto. El exámen de este requisito debe hacerse con la ayuda de la lógica, basada en las reglas generales de la experiencia que forman el patrimonio cultural del juez (cuando se trata de indicios comunes) o en las reglas técnicas que le suministren los peritos (cuando se trata de indicios técnicos).

Si esa relación de causalidad aparece vaga e incierta, existirá un indicio contingente o un conjunto de éstos, pero de tan escaso valor probatorio que el juez no podrá considerarse convencido de la realidad del hecho aplicado, y, por tanto, tendrá que declararlo no probado (trátase de proceso civil, penal o de otra clase), y a menos que se disponga de otras pruebas, tendrá que recurrir a la reforma subsidiaria sobre la carga de la prueba, para pronunciar su decisión de fondo." (Ver Hernando Devis Echandía, Corapendio de Derecho Procesal, Tomo II, De las Pruebas Judiciales, págs. 469 a 475).

Establecidos los anteriores postulados y conforme a lo estatuido en el artículo 250 del C. P. C., que establece los requisitos para que el indicio adquiera el valor de plena prueba, estima la Sala que, como ya se dijo, la solicitud de insubsistencia del actor elevada por el señor Andrés Marifio a la Vice-Ministra de Salud, cuya relación de causalidad con el hecho investigado no está demostrada en el *sub-lite*, constituye un indicio contingente que por sí solo carece de todo valor probatorio, habida cuenta de que dicha funcionaria carecía de facultad de nombramiento y remoción del demandante, y tampoco se demostró que hubiese intervenido en la expedición del acto impugnado. Y es que, vale la pena repetirlo, para que un indicio tenga eficacia probatoria, debe aparecer clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho indicador y el indicado, porque, si esa relación de causalidad aparece

SECCION SEGUNDA

vaga e incierta, existirá un indicio contingente, pero de tan escaso valor probatorio, que el juez no podrá considerarse convencido de la realidad del hecho indicado, y, en consecuencia, tendrá que declararlo no probado.

Hubiera sido necesario, en el caso *sub-judice* para quebrar la presunción de legalidad del acto, no sólo acreditar la solicitud de insubsistencia por parte del señor Mariño, sino, ante todo, que esto se hizo por razones distintas al buen servicio.

No habiéndose, pues demostrado el nexo causal entre la tan citada solicitud de insubsistencia y el acto acusado, es clara para la Sala concluir que éste permanece incólume en su presunción de legalidad, debiéndose, en tal virtud, revocar la sentencia consultada y en su lugar denegar 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:

Revócase la sentencia de 7 de junio de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar deniéganse las pretensiones de la demanda incoada por el señor Luis Alberto Díaz Polanía.

**Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de su Origen.
Cúmplase.-**

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 12 de mayo de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**ISS / DESCUENTO A PENSIONADOS -Trámite interno /
POTESTAD REGLAMENTARIA - Inexistencia**

No es exacto que siempre que la administración establece unos pasos o diligencias para que se pueda ejecutar la ley, esté reglamentándola. En efecto, una cosa es el ejercicio de la potestad reglamentaria, prevista en el art. 120-3 de la Constitución de 1886, mediante la cual el presidente de la República determina las reglas o preceptos para que pueda ejecutarse una ley, y otra bien distinta establecer unos pasos o diligencias, o sea, unos trámites, para que una Entidad cualquiera atienda la actuación o la función pública que le corresponde. Aunque es cierto que la potestad reglamentaria radica exclusivamente en el Presidente de la República, quien la ejerce mediante la expedición de órdenes, decretos y resoluciones Indispensables para la cumplida ejecución de las leyes, no lo es menos que en el evento de los actos acusados el Director del Instituto de Seguros Sociales no usurpó ni invadió esa facultad constitucional, sino que se limitó a completar unos trámites sencillos, elementales y por lo demás, obvios y necesarios, para poder cumplir cabalmente con su obligación de recaudar y entregarlos descuentos a los pensionados, en los términos de la ley 4a. de 1976. No hay que olvidar que el propio C.C.A. en su art. 32, consagra que las entidades oficiales “deberán reglamentar la tramitación interna de las peticiones que les corresponda resolver”; sin embargo, como se desprende del entorno gramatical de la norma, no se refiere aquí a la potestad reglamentaria del art. 120-3 de la Carta de 1886, sino al simple trámite interno de los asuntos de su competencia.

SECCION SEGUNDA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 4614. Autoridades Nacionales. Actor:
MILAN DIAZ GARCIA.

El señor Milán Díaz García, en su condición de ciudadano y en ejercicio de la acción consagrada en el Artículo 84 del C.C.A., solicita al Consejo del Estado declarar, en sentencia definitiva, la nulidad de la Resolución número 6822 de 22 de diciembre de 1986, proferida por el Director General del Instituto de Seguros Sociales, mediante la cual se fijan los requisitos que se deben cumplir ante dicha entidad, para efectuar los descuentos a los pensionados en aplicación de la ley 4a. de 1976 y de la número 212 del 18 de enero de 1989 del mismo despacho, por la cual se modificó el inicio 2o. del literal b) del Artículo 1o de la resolución primeramente Mencionada.

Los HECHOS en que se fundamenta la acción, pueden resumirse así:

1) El Instituto de Seguros Sociales expidió las resoluciones acusadas, violando preceptos normativos superiores, por lo cual la Confederación de Pensionados de Colombia elevó queja ante la Procuraduría General de la Nación el 9 de junio de 1989, a fin de que adelantara la correspondiente investigación e impusiera las sanciones del caso, "máxime cuando la última resolución, 0212 se dictó a sabiendas de la vigencia de la nueva ley 71 de 1988". (folio 18).

2) "La exigencia que hacen las resoluciones citadas 6822 y 0212 de requisitos abusivos, obstruccionistas y no contemplados en la Ley, para la afiliación de socios a los organismos pensionales y para el descuento de sus respectivas cuotas sociales, está ocasionando perjuicios económicos y funcionales al gremio y a sus entidades legalmente constituídas". (folio 18).

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se citan como tales las siguientes: Artículos 44 y 120, ordinal 3o. de la Constitución Política de 1886, 7o. de la Ley 10 de 1972, 10o. inciso 1o. de la Ley 4a. de 1976, 3o. de la Ley 43 de 1984, 5o. de la ley 71 de 1988 y 4o. del Decreto 682 de 1982.

El concepto de violación de tales normas, se expuso en la forma como aparece a folios 18 a 20, en el cual, en síntesis, se destaca la transgresión del

numeral 3) del Artículo 120 de la Constitución Política de 1886 que atribuye exclusivamente al Presidente de la República la potestad reglamentaria; la ausencia de norma superior que confiera dicha facultad al Instituto de Seguros Sociales y la inadecuada fundamentación jurídica de los actos enjuiciados, ya que ninguna de las disposiciones su expedidor invoca y en cuyo ejercicio dice basarse, le confieren al Instituto la prerrogativa de reglamentar las leyes.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscalía Novena de la Corporación en la vista reglamentaria opina que deben infirmarse las resoluciones demandadas, por cuanto, ciertamente ellas reglamentan lo dispuesto en la ley 4a. de 1976 y sabido es que "Por mandato del artículo 120 atribución 3a. de la Constitución Nacional, compete al Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria de la ley, para su cumplida ejecución", (folio 74), facultad que ejerce el gobierno "entendiendo por éste al Presidente y al ministro correspondiente. La delegación de ella, sólo procede dentro del marco constitucional del artículo 135, a favor de los Ministros, Jefes de Departamentos Administrativos así como también de los gobernadores. Los Ministros, per se, solo tienen un poder reglamentario llamado propio o natural por la doctrina, que emana del numeral 9o. del artículo 75 del Código de Régimen Político y Municipal". (folio 74)

Tal decisión favorable a las súplicas del libelista, procede, dice la Fiscalía, aún en el caso de que se considere que el Director del Instituto de Seguros Sociales tenía competencia para proferir tales actos, porque "los requisitos que allí se exigen no están contemplados en la Ley 4a. de 1976, cuya aplicación se pretende". En efecto, tanto el inciso 1o. del artículo 10 de la ley 4 de 1976, como el inciso 1o. del artículo 7o. de la ley 10 de 1972, estipulan que las empresas, entidad o patronos que satisfacen pensiones, están obligados "... a solicitud de las respectivas organizaciones de pensionados (pensionales..)" a recaudar mediante las deducciones del caso, las cuotas de afiliación periódicas y extraordinarias con que los afiliados a ellas deben contribuir para su sostenimiento. La misma Filosofía campea en el artículo 5o. de la Ley 71 de 1988, expedida con posterioridad a la Resolución 006822 de 1986, pero antes de la 212 de 1989. En esta disposición se estipula que los ameritados descuentos se harán "... a solicitud escrita de la respectiva Asociación de Pensionados". (folio 76).

La Agencia del Ministerio público, estima también, se contraría el contenido del Decreto 682 de 5 de marzo de 1982, que establece que las entidades administrativas del orden nacional, "ante las cuales deba tramitarse asuntos propios de su competencia, deberán exigir a los interesados únicamente el

SECCION SEGUNDA

cumplimiento de los requisitos establecidos en la Constitución Política, leyes, decretos, reglamentos y resoluciones internas". (folio 77).

Se procede a decidir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES

La *litis* gira en torno a la legalidad de las resoluciones números 6822 de 22 de diciembre de 1986 y 212 de 18 de enero de 1989, expedidas por la Dirección General del Instituto de Seguros Sociales, mediante las cuales se fijaron los requisitos que deben cumplirse ante dicho Instituto para que éste efectúe los descuentos a los pensionados, en aplicación de la ley 4a. de 1976.

El argumento fundamental de la impugnación el actor lo hace consistir, como se dijo, en el quebranto por parte del Instituto, del numeral 3o. del Artículo 120 de la constitución Política de 1886 y de los Artículos 7o. de la Ley 10 de 1972, de la Ley 4a. de 1976 y 5o. de la ley 71 de 1988, en virtud de que se estima que sin tener facultad para ello, pues la potestad reglamentaria, por mandato del aludido precepto constitucional, radica exclusivamente en el Presidente de la República, la Dirección General de esa entidad pretendió reglamentar el Artículo 10o. de la Ley 4a. de 1976; y porque al expedir tal reglamentación impuso nuevos requisitos para que el Instituto proceda a realizar los descuentos a los pensionados en favor de las agremiaciones pensionales, cuando las normas legales citadas a ese efecto, sólo exigen que dichas asociaciones formulen las respectivas solicitudes, sin ningún otro requisito adicional.

También estima que se infringe la Ley 43 de 1984, toda vez que la facultad de inspección y vigilancia que le da al ministerio de Trabajo y Seguridad Social, para ejercer la inspección y vigilancia de las agremiaciones de pensionados, no le autoriza para delegar esta función en otros funcionarios, quienes tampoco tergiversarla, como lo hace el Director General del instituto de Seguros Sociales.

En cuanto al primer argumento, es oportuno señalar que conforme al Diccionario de la Lengua Española (Madrid, 1984), reglamentar es "**Sujetar a reglamento un instituto o una materia determinada**"; y a su vez, reglamento es "**Colección ordenada de reglas o preceptos, que por autoridad competente se da para ejecución de una ley o para el régimen de una corporación, una dependencia o un servicio**". En cambio, tramitar es "**Hacer pasar un negocio por los trámites debidos**"; y trámite es "**Paso de una parte a otra, o de una cosa a otra /2. Cada uno de los estados y diligencias que hay que recorrer en un negocio para su conclusión**".

Esto es, que no es exacto que siempre que la Administración establece unos pasos o diligencias para que se pueda ejecutar la ley, esté reglamentándola. En efecto, una cosa es el ejercicio de la potestad reglamentaria, prevista en el artículo 120-3 de la Constitución de 1886, mediante la cual el Presidente de la República determina las reglas o preceptos para que pueda ejecutarse una ley, y otra bien distinta establecer unos pasos o diligencias, o sea, unos trámites, para que una Entidad cualquiera atienda la actuación o la función pública que le corresponde.

Por ello, aunque es cierto lo que afirma la Agencia Fiscal en el sentido de que la potestad reglamentaria radica exclusivamente en el Presidente de la República, quien la ejerce mediante la expedición de órdenes, decretos y resoluciones indispensables para la cumplida ejecución de las leyes, no lo es menos que en el evento de los actos acusados el Director del Instituto de Seguros Sociales no usurpó ni invadió esa facultad constitucional, sino que se limitó a contemplar unos trámites sencillos, elementales y por lo demás, obvios y necesarios, para poder cumplir cabalmente con su obligación de recaudar y entregar los descuentos a los pensionados, en los términos de la Ley 40. de 1976.

Y a este respecto no hay que olvidar que el propio C.C.A., en su artículo 32 (Trámite interno de peticiones), consagra que las Entidades Oficiales “deberán reglamentar la tramitación interna de las peticiones que les corresponda resolver”; sin embargo como se desprende del entorno gramatical de la norma, no se refiere aquí a la potestad reglamentaria del artículo 120-3, de la Carta del 86, sino al simple trámite interno de los asuntos de su competencia.

Por otra parte, los pasos previstos en los actos acusados corresponden a garantías de seguridad elementales que tienen que tomar la entidad respectiva para tener la certeza de la autorización del descuento y su destino, que como bien lo dicen sus alegatos la demanda, se volvió un imperativo, a raíz de las falsificaciones, quejas y reclamos permanentes sobre el particular.

De suyo, estas medidas preventivas no sólo no atentan contra lo dispuesto en la constitución y la ley, sino que antes bien, demuestran un celo positivo por evitar equívocos, errores y hasta fraudes, de los que sí sería responsable la administración del ISS por negligencia, descuido o una conducta similar.

En resumen, los trámites dispuestos por el ISS para recaudar y entregar los descuentos de los pensionados no lesionan los derechos de éstos ni los de sus asociaciones, por manera que representan procedimientos razonables, prudentes y lógicos para ese propósito.

SECCION SEGUNDA

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

FALLA:

Niéganse las pretensiones de la demanda incoada por el ciudadano MILAN DIAZ GARCIA, en su propio nombre, contra las Resoluciones Nos.6822 del 22 de diciembre de 1986 y 212 del 18 de enero de 1989, dictadas por el Director General del Instituto de Seguros Sociales.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

El anterior proyecto lo estudió y aprobó la sala en sesión celebrada el día 6 de mayo de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

INSUBSISTENCIA

Cuando se produjo el acto acusado, el demandante era funcionario sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción, no tenía el amparo de carrera, no gozaba de período fijo ni de relativa estabilidad en su cargo de gerente de las Empresas Públicas Municipales de Honda. En tal virtud, su nombramiento podía declararse insubsistente en cualquier momento, sin motivación ninguna, o sea en la forma como se hizo. Con mayor razón, tratándose de un cargo de dirección como es la gerencia de una entidad descentralizada municipal. Es claro que el Alcalde, a ese nivel, goza de la facultad de remover y es respecto a esos cargos que la ejerce con mas libertad.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1o.) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrada Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 4953. Asuntos Municipales. Actor: GONZALO GABRIEL CUBIDES CASTILLO.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 9 de febrero de 1990 por el Tribunal Administrativo del Tolima.

ANTECEDENTES:

Mediante apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, el señor Gonzalo Gabriel Cubides Castillo pidió al Tribunal anular los

SECCION SEGUNDA

artículos 1o. y 2o. del Decreto 0077 (agosto 12) de 1987 y el artículo único del decreto 085 (agosto 28) de 1987, emanados de la Alcaldía Especial del Municipio de Honda y mediante los cuales se dispuso, en su orden: declarar insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Gerente de las Empresas Públicas Municipales de aquella ciudad; nombrar en el mismo cargo al arquitecto Pedro Leonidas Perea Uribe; y, por último, aclarar el decreto 077 en el sentido de que el nombramiento del Arquitecto Perea Uribe era en interinidad.

Como consecuencia de estas nulidades, solicitó el restablecimiento de su derecho y condenar al señor Francisco Danilo Castro Parra -quien como alcalde expidió los actos acusados- a satisfacer los perjuicios que ocasionó al municipio de Honda y/o a las Empresas Públicas Municipales, al haberlo retirado del servicio.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal denegó las súplicas impetradas. Para ello tuvo en cuenta: que no es adecuado el planteamiento de la demanda en el sentido de considerar que hay relación de causalidad entre la declaratoria de insubsistencia y el nombramiento del reemplazo; que aún si se probara que el señor Perea Uribe no reunía los requisitos para el cargo, ello no anularía la insubsistencia, porque se está ante dos decisiones autónomas e independientes; que en verdad el cargo de gerente de las empresas públicas exige título profesional y que si bien no se acreditó que el señor Perea Uribe tuviera algunas de esas calidades, sí aparece que su nombramiento se hizo en interinidad y que justamente se hizo así porque esa es una forma de proveer un empleo cuando no se tienen los requisitos; que aun cuando Cubides Castillo fuese ingeniero -circunstancia que tampoco acreditó- ello no implicaba que la Administración hubiera de mantenerlo indefinidamente a su servicio, puesto que se trataba de un funcionario de libre nombramiento y remoción; que de las declaraciones obrantes en el proceso se infiere que el removido del cargo presentaba muchas fallas, haciendo así explicable la actitud del alcalde; y que no se demostró la alegada desviación de poder.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Dice el apelante que el Concejo de Honda sí tiene facultad legal para exigir calidades a quien haya de ser gerente de las empresas públicas y que por eso el acuerdo 035 del 11 de mayo de 1973 dijo que los gerentes debían tener título profesional; que el gerente puede ser removido libremente pero que quien ocupe el cargo debe tener ciertos requisitos; que es claro que el demandante -quien ostenta el título de ingeniero industrial fue reemplazado por alguien que no tenía idoneidad legal; que no comparte la apreciación del tribunal en el sentido de que las faltas denunciadas en la prueba testimonial hayan sido determinantes

de su retiro; que el gerente no es siempre el responsable de la mala prestación de los servicios públicos; y que en este caso no mediaron razones de buen servicio.

EL CONCEPTO FISCAL

La Doctora Fiscal Noveno del Consejo de Estado opina que el solo hecho de que el tercero designado para el cargo no reuniera los requisitos para su desempeño, no es prueba suficiente de que la remoción del demandante obedeciera a razones ajenas al buen servicio; y que como el demandante desempeñaba un cargo de libre nombramiento y remoción, la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento se presume hecha en ejercicio de la discrecionalidad del nominador y para el buen servicio. Conceptúa que la sentencia recurrida amerita confirmación.

Se procede a decidir, previas estas

CONSIDERACIONES:

Lo primero que se observa es que cuando se produjo el acto acusado, el doctor Gonzalo Gabriel Cubides Castillo era funcionario sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción, no tenía el amparo de carrera, no gozaba de período fijo ni de relativa estabilidad en su cargo de gerente de las Empresas Públicas Municipales de Honda.

En tal virtud, su nombramiento podía declararse insubsistente en cualquier momento, sin motivación ninguna, o sea en la forma como se hizo. Con mayor razón, tratándose de un cargo de dirección como es la gerencia de una entidad descentralizada municipal.

Es claro que el Alcalde, a ese nivel, goza de la facultad de remover y es respecto a esos cargos que la ejercen con mas libertad.

En tales circunstancias, como lo ha dicho reiteradamente el Consejo de Estado, se presume que la medida se adopta por razones de buen servicio.

Cuando se alega -como en el *sub-lite* que la insubsistencia no se profirió en procura del buen servicio en la función pública, sino por cualquier otro motivo, se está en presencia de la llamada desviación de poder, que constituye causal de anulación de los actos administrativos. Pero es claro que debe probarse, no basta solo enunciarla.

SECCION SEGUNDA

En esta ocasión, realmente es uno solo el argumento de la demanda: que con la insubsistencia del doctor Cubides Castillo y el nombramiento de su reemplazo, arquitecto Pedro Leonidas Perea Uribe, no se buscó el buen servicio, puesto que el señor Perea no reunía los requisitos que para el cargo de Gerente de las Empresas Públicas Municipales de Honda exige el artículo 5o. del Acuerdo 35 (mayo 11) de 1973, del Concejo Municipal de Honda.

Pero tal como lo expresó la señora Fiscal en su concepto, el acto de nombramiento del reemplazo es independiente de la declaratoria de insubsistencia y la posible anulación del primero no acarrea necesariamente la del segundo. Constituiría apenas un indicio de la desviación de poder.

En el caso concreto de autos ni siquiera constituye indicio, puesto que el nombramiento acusado, recaído en persona que no probó dentro del proceso tener el título exigido para ejercer el cargo, fue hecho en interinidad, y su permanencia corta como lo demuestran nombramientos posteriores.

Podría indicar mas bien, junto con los testimonios recepcionados, la urgencia de separar al actor por necesidades del servicio, proveyéndolo en interinidad mientras se nombraba otra persona con el lleno de los requisitos.

De otra parte durante el proceso tampoco se probó que el servicio se hubiera desmejorado con la administración transitoria del señor Pedro Leonidas Perea Uribe. En cambio, las declaraciones obrantes a folios 6 y ss. del cd. 3, muestran que la Gerencia del doctor Cubides Castillo adoleció de fallas, que a los obreros no se les pagaban cumplidamente sus estipendios, que su administración fue deficiente, que su remoción fue justa. El señor Misael Jiménez Ramírez sintetiza así su testimonio: "... los problemas los estaba agudizando en la plaza de mercado, (...) la presencia de basura, las escancez (sic) de vigilancia, pues no había celadores, la falta de higiene dentro de la plaza, teniendo en cuenta todas estas anomalías que se estaban presentando, pues yo consideré (sic) que el cambio de la gerencia fue justa" (fl. 17, cd.3).

Así las cosas, no se ha desvirtuado la presunción de legalidad de los actos acusados. A falta de prueba en contrario, preciso es concluir que el demandante fue removido en ejercicio de expresa facultad discrecional y en procura del buen servicio.

Y respecto al nombramiento del señor Pedro Leonidas Perea Uribe dirá la sala que habiéndose hecho en interinidad, no es anulable por no haber acreditado el nombrado el título exigido por un acuerdo del Consejo Municipal.

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

FALLA:

Confirmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 9 de febrero de 1990 dentro del proceso iniciado por Gonzalo Gabriel Cubides Castillo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la sala en sesión de veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora (aclara voto), Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

INSUBSISTENCIA - Improcedencia. (Aclaración de Voto)

He compartido de manera parcial la tesis según la cual los actos de remoción se presumen expedidos en aras del buen servicio. Empero, si por algún medio idóneo el demandante logra poner en tela de juicio ese postulado, pienso que la carga de la prueba se invierte y en este evento sí está obligada la administración a demostrar la razón “verdadera” que tuvo para remover al funcionario. Como es lógico, si no lo hace, la consecuencia debe ser la nulidad del acto y la prosperidad de las súplicas de la demanda.

Actor: GONZALO GABRIEL CUBIDES CASTILLO.-

Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Aunque comparto la decisión adoptada en el presente proceso, considero necesario hacer varias precisiones respecto de los planteamientos que se formulan en la parte considerativa del fallo, a saber:

1. He compartido de manera parcial la tesis según la cual los actos de remoción se presumen expedidos en aras del buen servicio. Empero, si por algún medio idóneo el demandante logra poner en tela de juicio ese postulado, pienso que la carga de la prueba se invierte y en este evento sí está obligada la administración a demostrar la razón “verdadera” que tuvo para remover al funcionario. Como es lógico, si no lo hace, la consecuencia debe ser la nulidad del acto y la prosperidad de las súplicas de la demanda.

2. En este asunto se dice que la nulidad del nombramiento del reemplazo de un empleado no acarrea “necesariamente” la del acto de remoción de éste, cuando aquél no reúna los requisitos legales o reglamentarios para ocupar dicha

función pública. En mi opinión, si la administración no invoca otros argumentos y se escuda en la "presunción" de que su acto tuvo como fundamento el buen servicio, es apenas elemental que al no reunir el nombrado esos requisitos, queda desvirtuada la misma y por consiguiente, sin "motivos verdaderos" la remoción del demandante. En ese orden de ideas, si el juez tuviera que entrar a "suponer" que sí hubo otras razones para la remoción, estaría convirtiéndose ni más ni menos en defensor de oficio del estado, lo que viene a romper injustamente el equilibrio procesal entre las partes.

3. Otra cosa distinta es la de que en el expediente aparezcan pruebas respecto de otras razones que pudieron haber guiado el ánimo de la administración, constituídas por fallas o deficiencias del actor en la prestación de las funciones que le competían, lo cual sí viene a comprobar que no reunía cabalmente las condiciones y calidades propias para el desempeño de su misión oficial, y que por tanto, sí se persiguió -al reemplazarlo-, un mejoramiento del servicio.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

INSUBSISTENCIA / DESVIACION DE PODER

Cuando se dictó la resolución enjuiciada, el demandante era funcionario sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción, pues no se encontraba escalafonado en carrera, no gozaba de período fijo y no tenía fuero alguno de estabilidad. Por consiguiente, su nombramiento podía ser declarado insubsistente en cualquier, sin motivar la providencia, es decir, en la forma como se hizo cuando se adopta una decisión de esta naturaleza, se presume que ella se realizó en procura del buen servicio y acorde con la facultad discrecional que tiene la administración para disponer en los cargos cuyos titulares no gozan de amparo ni fuero de estabilidad; por ende corresponde a quien enjuicia el acto, demostrar que la autoridad lo profirió con desconocimiento del régimen legal que estaba obligada a observar. La desviación de poder, se produce cuando la atribución de que esta investido un funcionario se ejerce, no hacia el fin exigido por la ley sino en busca de logros diferentes. dicho con otras palabras se configura cuando 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 han investido de esa competencia, sino para otro distinto.

Consejo de Estado - Sala de lo contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., junio primero (1) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 4954. Autoridades Departamentales. Actor:
IVAN DARIO BORJA MUNERA.

Se procede a decidir los recursos de apelación interpuestos por el señor Fiscal Primero del Tribunal Administrativo de Antioquia y por Iván Darío Borja Múnera contra la sentencia de 11 de diciembre de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

ANTECEDENTES

El actor solicitó ante el Tribunal declarar la nulidad de la resolución No. 477 de 20 de octubre de 1986, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento como Jefe de la Sección de Apuestas Permanentes, Nivel Directivo, Categoría VI, Grado 6, de la Beneficencia de Antioquía, y el consiguiente restablecimiento del derecho.

Como restablecimiento del derecho se pide en el libelo el reintegro del demandante al cargo que desempeñaba, o a otro de igual o superior categoría, el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar; así mismo que para todos los efectos se considere que no ha existido solución de continuidad (folios 20 y 21).

Como disposiciones violadas se citan en la demanda los artículos 17, 20, 51 y 62 de la Constitución Política anterior.

Se alega desviación de poder, por la existencia de móviles políticos que influyeron en la decisión de retirar del servicio al actor.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal del conocimiento negó las suplicas del escrito demandatorio, pues consideró en el fallo recurrido que de conformidad con el acervo probatorio allegado al proceso no se llega a la inequívoca conclusión de que el retiro del servicio del demandante se hubiera producido como consecuencia de los hechos enunciados en el libelo; que es indispensable demostrar que la desvinculación de la administración no obedeció al ejercicio de la facultad discrecional; que así las cosas en el caso sub-judice permanece incólume el acto administrativo impugnado al no haber logrado el demandante desvirtuar la presunción de legalidad que lo ampara, (folios 58 a 70).

FUNDAMENTO DE LOS RECURSOS

La Agencia del Ministerio Público pide se revoque la sentencia apelada y se acceda a las pretensiones de la demanda (folios 75 a 77), pues afirma, entre otras cosas, que el testimonio de Jorge Iván Valencia Cossio es de mucha importancia, ya que se trata de un testigo directo; que con base en la crítica del

SECCION SEGUNDA

testimonio no es indispensable para demostrar una verdad de hecho en el proceso la pluralidad de declaraciones idénticas; que aquella declaración es armónica con la dada por el doctor Oscar Jairo González H. sobre la existencia del móvil político en la desvinculación del actor; que la declaración del doctor Valencia Cossio se produjo cuando se hallaba desempeñando su empleo en la Beneficencia de Antioquia; que esta circunstancia le daría mayor fuerza al testimonio, toda vez que se podría suponer que en un medio social y político como el nuestro sostener lo que contraría a la autoridad nominadora podría llevar a temer perjuicios laborales de carácter personal.

Por su parte el apoderado del demandante manifiesta que el doctor Jorge Iván Valencia Cossio es un testigo directo de los hechos, claro, coherente y concreto en su declaración; que este testimonio al ser confrontado con la declaración indiciara del señor René Mesa coincide en su contenido y en sus expresiones; que la declaración de Oscar Jairo González también es clara y seria; que el acervo probatorio aportado es suficiente para demostrar con absoluta certeza los motivos políticos que existieron en la declaración de insubsistencia del nombramiento del actor (folios 79 a 81).

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto opina que el fallo apelado debe revocarse para que se acceda a las súplicas del escrito demandatorio, puesto que acorde con los testimonios dados por los señores Jorge Iván Valencia Cossio y Oscar Jairo González Hernández está acreditada en el caso sub-judice la influencia de los móviles políticos en el retiro del servicio del demandante (folios 93 y 97).

Procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala observa que, cuando se dictó la resolución enjuiciada, el demandante era funcionario sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción, pues no se encontraba escalafonado en carrera, no gozaba de período fijo y no tenía fuero alguno de estabilidad. Por con siguiente, su nombramiento podía ser declarado insubsistente en cualquier momento, sin motivar la providencia, es decir, en la forma como se hizo en el caso *subexamine* (folio 2).

Cuando se adopta una decisión de esta naturaleza, se presume que ella se realizó en procura del buen servicio y acorde con la facultad discrecional que tiene la administración para disponer de los cargos cuyos titulares no gozan de amparo ni fuero de estabilidad; por ende, corresponde a quien enjuicia el

acto, demostrar que la autoridad lo profirió con desconocimiento del régimen legal que estaba obligada a observar.

Como se lee en la demanda (folios 20 a 26), el cargo que se formula contra la resolución acusada, se encamina a sostener que en la declaración de insubsistencia del nombramiento del actor se configuró la desviación de poder, pues existieron móviles políticos que influyeron en la desvinculación del servicio.

Como es de conocimiento, 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. Dicho con otras palabras, se configura cuando 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.

Ahora bien, la Sala ha expresado en otras ocasiones que no siempre se configura abuso e ilegalidad por parte de las autoridades administrativas, al tener en cuenta razones políticas para ejercer la facultad discrecional de nombrar y remover funcionarios.

En sentencia de 20 de abril de 1992, expediente No. 4785, actor: Marco Emilio Tangarife Cardona, Magistrado Ponente: Doctor Joaquín Barreto Ruiz, sostuvo la Corporación:

“5. Si la desviación de poder hubiera de estudiarse no porque la intención hubiera sido la de **perseguir políticamente** al desvinculado, sino simplemente porque el acto se expidió por motivos políticos partidistas y suponiendo en gracia de discusión que éstos aparecieron probados en el proceso, la Sala debe recordar que su criterio reiterado ha sido el de que en la remoción de funcionarios que desempeñan cargos de dirección y representación, o que impliquen cierto grado de confianza, en los órdenes nacional, departamental y municipal, no siempre tales móviles configuran desviación de poder, situación que se presenta en el presente caso, pues aparece obvio que la Jefatura que desempeñó el demandante correspondía al nivel Directivo, como lo dice el acto acusado, el cual debe ser ocupado por una persona que inspire plena confianza y credibilidad en quien dirige la administración departamental”.

Y es esta la circunstancia que rodea el caso *sub-judice*, puesto que el demandante ocupaba un empleo perteneciente al nivel directivo dentro de la organización administrativa Interna de Beneficencia de Antioquia, como lo Indica

SECCION SEGUNDA

el mismo acto acusado, que implicaba para quien lo desempeñara un cierto grado de confianza dentro de la administración departamental y, en especial, para el funcionario que estaba al frente de la dirección del referido establecimiento público.

Sobre el tópico, obsérvese cómo la misma, parte actora en el escrito demandatorio al hacer referencia a que el demandante era un empleado eficiente y honesto, cuando alude al empleo que éste ocupaba afirma que "en un cargo tan delicado y que se presta a mucha tolerancia de no tener un criterio recto, ..." (folio 22).

Así las cosas, aun cuando, en gracia de discusión se admitiera la existencia de móviles políticos en el retiro del servicio del actor, con fundamento en las declaraciones rendidas por los señores Jorge Iván Valencia Cossio y Oscar Jairo González Hernández (folios 40 a 46), como lo anota el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto de fondo, tales móviles no alcanzarían a configurar la desviación de poder en el caso *sub-examine* ni a invalidar la resolución impugnada.

Pero en verdad, las citadas declaraciones no llevan a la Sala al convencimiento pleno sobre la influencia del factor político. Lo dicho por el doctor Valencia Cossio sobre la manifestación del Gerente de no mantener en los cargos a quienes estuvieron en la "oposición reflexiva", fue negado por éste en declaración extrajuicio y su generalidad no arroja certeza en el caso del señor Iván Darlo Borja. Tampoco el testimonio de; señor Oscar Jairo González Hernández denota conocimiento directo de presiones políticas en este caso.

Como lo afirman los apelantes, son solo indicios, que no constituyen demostración plena de la desviación de poder alegada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 11 de diciembre de 1989, en el proceso incoado por el señor Iván Darío Borja Múnera en orden a obtener la nulidad de la resolución No. 477 de 20 de octubre de 1986 expedida por el Gerente de la Beneficencia del Departamento de Antioquia, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento como Jefe de la Sección de Apuestas Permanentes, Nivel Directivo, Categoría VI, Grado 6.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria

**ESCALAFON DOCENTE / ASCENSO EN EL ESCALAFON /
CADUCIDAD DE LA ACCION.**

En vigencia del Decreto 2277 de 1979 que reglamentó las condiciones de ingreso, asimilación y ascenso dentro del nuevo escalafón docente, la señora Alba Lucía Ceballos, cuando obtuvo su título de Psicóloga pidió su inscripción, independientemente de la asimilación que con anterioridad se le había hecho. Es así como, en virtud de la aplicación del artículo 10 del Decreto 2277 de 1979, fue inscrita, no asimilada, en el grado 6, al cual le daba derecho su título de psicóloga. De ahí en adelante, ha venido recibiendo ascensos, inclusive el grado 8, de acuerdo con las normas legales que rigen la materia. Si estaba en desacuerdo con la inscripción en el grado 6, con la cual comenzó su nueva situación frente al escalafón, ha debido demandarla en su momento, como también los ascensos subsiguientes.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Florero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 5064. Autoridades Nacionales. Actora:
ALBA LUCIA CEBALLOS DE ARISTIZABAL.

Se decide el recurso de apelación, interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 27 de febrero de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas dentro del proceso encaminado a obtener la nulidad de las resoluciones Nos. 324 y 432 de 1985 originarias de la Junta Seccional de Escalafón Docente

de Caldas, mediante las cuales se denegó la asimilación de la actora al grado octavo del escalafón nacional docente, no se tuvo en cuenta para efectos de ascenso en el escalafón la experiencia docente no utilizada anteriormente, se negó el reconocimiento de la adehala salarial del quince por ciento (15%) prevista en el Decreto 624 de 1980, el aumento salarial decretado para los años de 1984 y 1985 y los que se decreten a partir de dichos años.

ANTECEDENTES:

Como HECHOS relató la demandante que mediante Resolución No.00659 de 1980 fue asimilada en el escalafón nacional docente como profesional universitario en el Grado VI y por la No.1576 fue ascendida al Grado VII, que la resolución No. 4727 de 1974 estableció una especie de asimilación a la primera categoría del escalafón de enseñanza secundaria para los psicólogos y el nuevo estatuto docente los asimiló al grado octavo, al cual tenía derecho acceder; que al asimilársele al grado 6o. se le desconoció la experiencia docente no utilizada en virtud de que ello ocurrió en vigencia de la resolución No. 6746 de 1981 del Ministerio de Educación, pero que declarada su nulidad por esta jurisdicción y ante sus requerimientos, debió procederse a tal reconocimiento, no obstante lo dicho en contrario por el Consejo de Estado en concepto de 25 de agosto de 1983, pues su observancia no es obligatoria; a pesar de que mediante el Decreto No. 624 de 1980 se aumentó en un 15% la asignación básica de los profesionales con título universitario de psicólogo y trabajador social, la Junta Seccional de Escalafón de Caldas le suspendió el pago de ese aumento sin que dicho decreto hubiese dejado de regir y más aún "le ha anunciado a mi Poderdante el reintegro de una suma de dinero que se contrae al pago de dicho reajuste para el año 1981, 1982 y 1983 por la suma de 370.000 (TRESCIENTOS SETENTA MIL PESOS M/L)" (fls. 36 y 37); que asimismo ese organismo ha negado el reconocimiento del 13.5% y 10% de aumento salarial decretado para 1984 y 1985 pretextando falta de competencia, porque ésta la tiene el Fondo Educativo Regional de Caldas, entidad pagadora que, a su vez, se abstiene de aplicar en nómina dichos aumentos porque la Junta Seccional no los ordena.

LA SENTENCIA APELADA

El *a-quo* apoyándose en pronunciamiento anterior recaído en un proceso en donde se resolvieron cuestiones análogas, negó las pretensiones de la actora argumentando que la resolución No. 4727 de 1974 asimiló a los psicólogos, trabajadores sociales y terapistas a las categorías del derogado escalafón nacional de enseñanza secundaria pero sólo para efectos de pago de sueldos, sin que ello significara que quedaran inscritos en dicho escalafón, como la misma resolución lo expresaba y por tanto, no procedía asimilar a tales profesionales

SECCION SEGUNDA

en el escalafón previsto en el Decreto No. 2277 de 1979, en los mismos términos en que lo eran los docentes efectivamente inscritos en las categorías del escalafón de enseñanza secundaria, sobre todo si se tiene en cuenta que ni el nuevo estatuto docente ni en los reglamentarios se estipularon condiciones de excepción para los aludidos profesionales; de modo que los psicólogos quedaron sometidos al nuevo estatuto docente con prescindencia de las disposiciones que para efectos determinados se referían a ellos.

Y agrega el Tribunal:

“Un argumento adicional al anterior, sería que la señora Alba Lucía Ceballos de Aristizábal, tan solo obtuvo su grado de Psicóloga el día 25 de julio de 1980, título que se desconoce si fue registrado, no obstante existe la certeza de que, cuando fue expedido el decreto 2277 de 1979, en el mes de septiembre, el patente (sic) aún no había obtenido su título, quedando en tal forma la situación planteada, cobijada por las reglas de esta norma últimamente citada, sin lugar a aplicación retroactiva alguna de otras disposiciones que resultaron derogadas por tal decreto”. (fl. 237).

En cuanto a la experiencia docente no utilizada el fallador considera que no es dable reconocerle a la actora la obtenida en la enseñanza primaria, por cuanto, como lo sostuvo el Consejo de Estado en el mencionado concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, la experiencia docente no utilizada de que trata el artículo 73 del Decreto 2277 de 1979 es aquella que era apta para ascender en el anterior escalafón y además se “entiende que debe tratarse de requisitos que eran aptos para el ascenso a la Categoría inmediata dentro del escalafón en que se encontraba inscrito el docente” (fl. 240).

Y agrega *a-quo* que la actora fue asimilada en el grado seis del escalafón consagrado en el citado decreto por la resolución No. 0659 de 29 de agosto de 1980, notificada mediante edicto el 8 de agosto de 1980, sin que durante el término legal se hubiere interpuesto contra ella ningún recurso, por lo cual esa decisión se halla en firme. Tal aceptación, sostiene, constituye otro obstáculo para acoger esta pretensión.

En lo concerniente al aumento salarial del 15% previsto en el Decreto 624 de 1980, advierte el Tribunal que solo procedería reconocerlo a los profesionales con título universitario de psicólogo y trabajador social que fueron asimilados a la primera categoría de enseñanza secundaria en virtud de la resolución No. 4727 de 1974 para efecto de pago de sueldos, lo que significa que no tenían la referida calidad académica y no podían ni pueden reclamar el citado aumento salarial “y es palmar y manifiesto, que en el caso *sub-lite* la

educadora no fue asimilada a las supradichas categorías en esa época, o por ministerio de la norma remitida" (fl. 239).

Respecto a la nivelación del sueldo de la accionante teniendo en cuenta los reajustes del 13.5% y 10% decretados para 1984 y 1985, el fallador expresó que en la demanda no se expuso en el concepto de violación respectivo, el quebranto de una norma precisa en que se fundamenta la pretensión, puesto que se alude a los Decretos 456 de 1984 y 0134 de 1985 "conformados por veintiún mandamientos con parágrafos y de los cuales no se ha demandado la tutela objetiva concretamente, señalando cuál o cuáles estima y el por qué violados". (fl. 243).

EL RECURSO

Contra la sentencia la parte actora interpuso recurso de apelación (fls. 249 a 258), insistiendo en que le asiste el derecho a ser inscrita en el grado 8o. del escalafón nacional docente consagrado en el Decreto No. 2277 de 1979, pues no comparte la exegética interpretación normativa contenida en la sentencia relacionada con el mecanismo de fijación de los grados por la Junta de Escalafón Docente de Caldas, ya que desconoce la homologación o nivelación que de pleno derecho otorga el artículo 71 del decreto citado.

Asímismo arguye que procede el reconocimiento de la experiencia docente no utilizada para efecto de ascenso en el escalafón, apoyándose para ello en lo dicho por la jurisdicción en sentencia de 8 de noviembre de 1985 (sic), expediente No. 6694, actor: Noé Ospina Agudelo en la cual se definió la validez de su reconocimiento para los fines indicados, en la declaratoria de nulidad de la resolución No. 6746 de 1981 y en la suspensión provisional del artículo 26 del Decreto 259 de 1981, decretada mediante auto de 8 de noviembre de 1988, lo que le permite "afirmar que ha desaparecido la limitación al nivel de experiencia docente y a la fecha en que se prestó el servicio Laboral Docente, toda vez que las normas anuladas y suspendidas imponían una cortapisa o limitación que en ningún momento se consignan en el artículo 73 del Decreto Ley 2277 tantas veces citado y concebido en términos amplio y general". (fl. 256).

Por último, aduce que dada su condición de Psicóloga tiene derecho al reajuste del 15% previsto en el Decreto 624 de 1984 y que también debe cancelársele el aumento salarial del 13.5% y 10%, porque "este derecho denominado Nivelación salarial, no es otro que el pago del típico aumento salarial que ordena el Congreso de la República anualmente para todos los funcionarios públicos. Derecho conculcado a mi poderdante de dos maneras: La Primera por no aplicársele comúnmente, como se le aplica a todos los funcionarios públicos sobre el salario Básico; La Segunda, siendo como lo es las súplicas ante la

SECCION SEGUNDA

jurisdicción Contencioso Administrativa, rogada, el derecho se suplica como complemento o consecuencia a las anteriores pretensiones, es decir, otorgada alguna de las anteriores, su base se modifica por la aplicación de estos dos reajustes" (fl. 257).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Doctora Fiscal Noveno de la Corporación en la vista reglamentaria opina que el fallo apelado debe confirmarse, por cuanto la actora para ascender al grado 8o. del escalafón nacional docente y como quiera que había sido escalafonada en el grado 7o. por la resolución No. 1576 de 1984, debía demostrar una experiencia docente de tres años en dicho grado, contados a partir del 25 de julio de 1983, según se dispuso en la citada resolución y para las fechas de expedición de los actos acusados no reunía los requisitos necesarios para ser inscrita en el grado 8o. pues "La experiencia docente anterior a la obtención del título de Psicólogo, que le dio derecho a la asimilación al Grado 6o., no es utilizable para los ascensos posteriores porque contrariaría las previsiones contenidas en el artículo 10 del estatuto ya referido". (fl. 265).

Surtido el trámite del recurso de alzada se procede a resolverlo, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata de establecer si la Junta Seccional de Escalafón de Caldas obró o no conforme a derecho al proferir las resoluciones Nos. 324 y 432 de 1985, mediante las cuales negó a la actora su solicitud de inscripción al grado 8o. del escalafón nacional docente, el reconocimiento de la experiencia docente no utilizada para efectos de ascenso en ese escalafón, de pago de la adehala salarial del 15% establecida en el Decreto 624 de 1980 y de los aumentos de sueldo dispuestos para los años 1984 y 1985 (13.5% y 10% respectivamente) y los que en adelante se hubieren decretado.

Los planteamientos hechos en la demanda son, a juicio de la Sala, equivocados e inducen a confusión. La verdadera situación de la actora es la siguiente:

En vigencia del Decreto 2277 de 1979 que reglamentó las condiciones de ingreso, asimilación y ascenso dentro del nuevo escalafón docente, la señora Alba Lucía Ceballos, cuando obtuvo su título de Psicóloga pidió su inscripción, independientemente de la asimilación que con anterioridad se le había hecho.

Es así como, en virtud de la aplicación del artículo 10 del Decreto 2277 de 1979, fue inscrita, no asimilada, en el grado 6, al cual le daba derecho su título de psicóloga. De ahí en adelante, ha venido recibiendo ascensos, inclusive el grado 8, de acuerdo con las normas legales que rigen la materia.

No puede pretender ahora, desconociendo totalmente esa situación, que por haberla revivido a través de una petición, que debe tomarse como de revocación directa, que con base en la situación anterior a su inscripción en el grado 6 se le conceda ascenso al grado 8 que ya ostenta y luego al grado 11 valiéndose del supuesto derecho a que le tengan en cuenta un tiempo de primaria no utilizado, tiempo que no le servía para la inscripción que obtuvo por su título universitario.

Si estaba en desacuerdo con la inscripción en el grado 6, con la cual comenzó su nueva situación frente al escalafón, ha debido demandarla en su momento, como también los ascensos subsiguientes.

Si no lo hizo, se tornó inmodificable lo ya definido en tales actos administrativos y por tanto no cabe fallo de fondo sobre las pretensiones planteadas en esta demanda.

En cuanto a los aumentos salariales y adehalas debe anotarse que van ligados al grado que en este momento ostenta en el escalafón; y al no haber modificación por la imposibilidad de un pronunciamiento de fondo, tampoco cabe hacerlo en esta materia.

Finalmente, la petición de ascenso por experiencia docente no utilizada, no puede prosperar.

Obró bien el Tribunal al negarla, porque solo debe computarse la que siendo apta para ascender dentro del antiguo régimen o pudiéndose utilizar dentro del nuevo para asimilación, no lo fue.

Como a la actora se le inscribió en el grado 6 por tener título universitario, es decir en un grado al cual no hubiera accedido con la anterior experiencia docente de primaria, no era útil esa experiencia para obtener un grado superior.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia por autoridad de la Ley,

SECCION SEGUNDA

FALLA:

Revócase la sentencia de 27 de febrero de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas en el proceso entablado por Alba Lucía Ceballos de Aristizábal a fin de obtener la nulidad de las resoluciones Nos. 324 y 432 de 1985 de la Junta Seccional de Escalafón Docente de Caldas, excepto en cuanto denegó la pretensión sobre reconocimiento de experiencia docente no utilizada, que se confirma.

En su lugar la Sala se declara inhibida, para pronunciarse de fondo sobre las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 12 de mayo de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

CADUCIDAD - Término

El término de caducidad que la ley señala para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, debe contarse a partir de la notificación o de la publicación, o de la ejecución del acto que se acusa, según este se haya notificado o publicado; y si nada de esto se cumplió, desde su ejecución. Pero jamás, desde cuando se cumpla alguna obligación que la Administración haya contraído.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1o.) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 7878. Actora: ROSARIO E. QUINTANA SUAREZ.

Se decide el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por la señora Rosario Esther Quintana Suárez contra el auto de 23 de noviembre de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo del Cesar y mediante el cual se rechazó la demanda por ella presentada.

El Tribunal inadmitió la demanda por haberse operado el fenómeno de la caducidad de la acción, tomando en cuenta la fecha a partir de la cual se aceptó la solicitud de retiro voluntario, el día 1o. de mayo de 1992, y la fecha de la presentación de la demanda, octubre 30 de 1992, ya que transcurrieron más de cuatro meses, término previsto para esta clase de acción por el artículo 136 inciso 2o. del C.C.A.

SECCION SEGUNDA

En la demanda y la sustentación del recurso la libelista sostiene que el término de caducidad de la acción debe contarse desde la ejecución del acto acusado, la cual se cumplió a su juicio, en dos momentos: uno cuando se expidió el acto de desvinculación de la entidad y el segundo cuando se pagó la bonificación conforme a lo establecido en el artículo 2o. de la Ley 60 de 1990 numeral 1 "Retiro del servicio mediante compensación pecuniaria, como la insubsistencia con indemnización y el retiro voluntario mediante bonificación". Estima que el pago de la indemnización o la bonificación es requisito para que se perfeccione el retiro.

Invoca tanto en la demanda como en el recurso, una sentencia proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado de 21 de septiembre de 1988, según la cual el término de caducidad cuando se demandan declaratorias de insubsistencia, se cuenta a partir de la ejecución del acto.

Termina afirmando que el pago es una condición y el acto con el cual se retiró al funcionario no fue ejecutado sino hasta cuando se pagó la indemnización y bonificación, y por lo tanto el término de caducidad de la acción debe contarse a partir de la fecha en que ocurrió el pago.

Para decidir se considera:

La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de noviembre 21 de 1991, (Expediente No.S- 122. Actor: Hugo Posada Granados) con ponencia de la Consejera Doctora Dolly Pedraza de Arenas, que modificó la jurisprudencia contenida en el fallo citado por el demandante, sostiene que la caducidad de la acción, en tratándose de actos de declaratoria de insubsistencia, que no requieren notificación personal, ha de contarse desde la fecha de su comunicación, y en su defecto, desde cuando se ejecuta el acto, es decir, cuando se produce el retiro del servicio.

Y en general, el término de caducidad que la ley señala para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, debe contarse a partir de la notificación o de la publicación, o de la ejecución del acto que se acusa, según este se haya notificado o publicado; y si nada de esto se cumplió, desde su ejecución. Pero jamás, desde cuando se cumpla alguna obligación que la Administración haya contraído.

Por eso no es de recibo el argumento según el cual el término de caducidad de la acción en este caso debe contarse a partir de la fecha en que se efectuó el pago de la bonificación y la indemnización a la actora. Ninguna norma legal autoriza contar en esta forma el término de caducidad.

Cuando se decide desvincular del servicio a un funcionario, la manifestación de voluntad que surte efectos jurídicos está contenida en un acto que entrará a regir cuando el mismo lo disponga, sin que su vigencia quede condicionada a la ocurrencia de hechos posteriores, cualquiera que sea la causal de retiro.

En el caso que se estudia, no hay constancia de notificación ni comunicación. Pero necesariamente la señora Rosario Esther Quintana Suárez tuvo que conocer el acto por el cual el Ministro de Hacienda y Crédito Público aceptó su solicitud de retiro voluntario, el 1o. de mayo de 1992, día en que se hizo efectivo el retiro del servicio.

Así las cosas, aún aplicando la tesis sostenida en sentencia de 21 de septiembre de 1988, modificada después por la Sala Plena, habría que concluir que la demanda se presentó extemporáneamente, pues el acto que ordenó el retiro que es el que se controvierte, se cumplió a partir del 1o. de mayo de 1992, y desde ese día, -aceptando que no hubiera sido conocido antes- la señora Rosario E. Quintana Suárez estaba en posibilidad de demandarlo, independientemente del cumplimiento posterior de las obligaciones a cargo de la Administración, o sea, del pago de la indemnización acordada por el retiro.

Como la demanda se presentó el 30 de octubre de 1992, resulta extemporánea.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

Confírmase el auto de 23 de noviembre de 1992 por el cual el Tribunal Administrativo del Cesar inadmitió la demanda presentada por la señora Rosario Esther Quintana Suárez, por caducidad de la acción.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la sala en sesión de 20 de mayo de 1993.

SECCION SEGUNDA

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas (ausente).

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

JURISDICCION ROGADA / DEMANDA - Requisitos / NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

En innumerables fallos esta Sala ha dicho que esta jurisdicción es rogada y no oficiosa, y por lo tanto no puede el juzgador pronunciarse sobre cuestiones que concretamente no le han sido sometidas a su consideración en la demanda, como sería el pronunciamiento sobre la violación de normas legales distintas a las relatadas en el libelo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 5128. Actor: AMPARO LOZANO DE ESCOBAR. AUTORIDADES NACIONALES.

AMPARO LOZANO DE ESCOBAR, solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarara la nulidad de la Resolución No. 2013 del 2 de noviembre de 1.983 mediante la cual fue declarado insubsistente su nombramiento como Defensora de Menores del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "I.C.B.F".

LA SENTENCIA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de 16 de febrero de 1.990 denegó las súplicas de la demanda por considerar que la resolución acusada no podía contrariar normas que no habían sido invocadas en ella.

SECCION SEGUNDA

Considera el fallo que el acto acusado se encontraba gobernado por los Decretos 694 de 1.975 y 1468 de 1.979 por tratarse de un establecimiento público adscrito al Ministerio de Salud, y no por las disposiciones consagradas en los Decretos 2400 de 1.968 y 1950 de 1.973 como lo afirmó el libelo demandatorio.

Agrega el Tribunal que como consecuencia, actora no desvirtuó la presunción de legalidad del acto conforme a los Decretos 694 de 1.975 y 1468 de 1.979 y de otra parte tampoco demostró la existencia de la desviación de poder, ni en general que el nominador hubiera obrado por alguna razón o con algún fin ajeno a la conveniencia administrativa.

EL RECURSO:

La actora interpuso el recurso de apelación contra la sentencia porque a su juicio el Tribunal no examinó la causal relacionada con la desviación de poder, así como tampoco las pruebas allegadas al proceso.

Señala que no puede existir la discrecionalidad absoluta, ya que ella se debe ejercer con la finalidad de lograr el buen servicio público.

Expresa que como la administración no va a exhibir los móviles ocultos del acto, al juez administrativo le corresponde inferir la actuación reprochable con base en el pasado burocrático del funcionario retirado, al concepto que de él se tenía, y a los criterios con que se gobierna y maneja en Colombia la cosa pública, entre otras.

Reitera que el Instituto no tiene ningún reparo acerca de su conducta, capacidad y eficiencia.

Agrega, que en cambio según la Circular No. 137 emitida por la Dirección General del I.C.B.F. se buscó fue lograr el equilibrio burocrático entre los partidos liberal y conservador sin contar para nada con la capacidad y eficiencia de los empleados. Expresa que de otra parte, el Director Regional del I.C.B.F. dió como razón de su "insubsistencia el hecho de que devengaba una prima de antigüedad demasiado alta, sobrepasando el sueldo de un Director Regional."

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscal Quinta del Consejo de Estado expresa que debe revocarse el fallo y en su lugar acceder a las súplicas de la demanda por estimar que el nominador en apariencia se ajustó a las normas superiores pues obró "con motivos distintos de aquéllos para los cuales le fue otorgado el poder

discrecional”, ya que el derecho de la actora a percibir su prima de antigüedad se debió a sus servicios prestados a la administración.

Para resolver se considera:

1) El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el fallo recurrido expresa que en la demanda no se invocaron las normas que regían la función pública en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y por lo tanto se deberá examinar este aspecto, con el objeto de concluir sobre la aptitud de la demanda, por ser esta una jurisdicción rogada.

2) Examinada la demanda y su adición se observa que efectivamente en ella no se invocaron los Decretos 694 de 1.975 y 1468 de 1.979, estatutos reguladores de la función pública del personal de empleados públicos que labora en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, I.C.B.F., como establecimiento público adscrito al Ministerio de Salud.

3) Los hechos expuestos en el libelo demandatorio por parte del actor no encuentran apoyo en ninguna disposición de los Decretos 694 de 1.975 y 1468 de 1.979 que es en donde están reguladas las causales de retiro del servicio de los funcionarios del Sistema Nacional de Salud, como la declaratoria de insubsistencia, que es la invocada como causal impropriamente utilizada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para lograr su retiro del servicio público.

4) En innumerables fallos esta Sala ha dicho que esta jurisdicción es rogada y no oficiosa, y por lo tanto no puede el juzgador pronunciarse sobre cuestiones que concretamente no le han sido sometidas a su consideración en la demanda, como sería el pronunciamiento sobre la violación de normas legales distintas a las relatadas en el libelo.

Este criterio ya imperaba en esta Corporación cuando se introdujo la demanda en el año de 1.984, y fue así como mediante sentencia del 27 de enero de 1.983, Sección Primera, con ponencia, del DR. ROBERTO SUAREZ FRANCO, expediente 3726, se dijo:

“No debe olvidarse que esta jurisdicción es rogada y no oficiosa, motivo por el cual no le es dable al juzgador pronunciarse sobre cuestiones que concretamente no le han sido sometidas a su consideración en la demanda, como sería el pronunciamiento sobre la violación de normas legales distintas a las relatadas en el libelo.” (se subraya)

SECCION SEGUNDA

5) En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala en reciente fallo de 14 de abril de 1.993, expediente No. 5304, actor ALFONSO BLUM ARANGO.

Por lo tanto se concluye que la demanda no contiene los presupuestos necesarios para su prosperidad, en cuanto no citó las normas de la función pública del Sistema Nacional de Salud.

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 oído el concepto Fiscal,

FALLA:

CONFIRMAR EL FALLO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA DE FECHA 16 DE FEBRERO DE 1.990, JUICIO NO. 9652 MEDIANTE EL CUAL DENEGO LAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA EN EL PROCESO PROMOVIDO POR AMPARO LOZANO DE ESCOBAR.

En firme este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1.993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria

Nota de Relatoría: Reitera la sentencia de 14 de abril de 1993, expediente 5304, actor: Alfonso Blum Arango.

INSUBSISTENCIA

Para el empleo en el que fue removido el demandante no se hizo convocatoria, o por lo menos no obra prueba de ello dentro del expediente que el señor Orlando Joaquín Bustos Castañeda como Director Docente que fue, tenía como función, entre otras, la de organizar el archivo educativo atendiendo las técnicas del ramo, como acertadamente lo destaca el *a-quo* en la sentencia apelada; que el hecho de que el actor participara en el concurso para proveer el cargo de Jefe de la Sección de Contabilidad de la División Financiera del INCOMEX y ocupara el tercer puesto, no puede determinar que el acto acusado se profirió por móviles diferentes al buen servicio público, pues el concurso se realizó para un empleo distinto del que fue desvinculado el demandante y que no le permitía permanecer inamovible en forma indefinida. No consta en el proceso que el demandante gozará de los privilegios que otorga la ley a quienes tienen fuero de estabilidad en el empleo, pues no está demostrado que el actor estuviera inscrito en la carrera administrativa ni que se encontrara designado en período de prueba en el cargo que desempeñaba. La declaración de insubsistencia es un instrumento que utiliza la administración para ejercer la facultad discrecional de remover a los funcionarios que no gozan de fuero de estabilidad, con el fin de velar por la conveniencia del servicio. Tratándose de funcionario de libre nombramiento y remoción, la circunstancia de que un empleado sea honesto, eficiente y cumplidor de sus deberes, no es suficiente para que se enerve la facultad discrecional del nominador.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION SEGUNDA

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 5150. Apelación Sentencia. Actor: GUSTAVO TORRES FUNEME.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de junio 9 de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Admitido el recurso mediante auto del 13 de noviembre, de 1990 (folio 177 *ibídem*), agotado el trámite de rigor de la segunda instancia y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Gustavo Torres Funeme solicita la declaración de nulidad de la resolución No. 2820 del 16 de noviembre de 1984, expedida por el Instituto Colombiano de Comercio Exterior -INCOMEX-, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor del cargo de Jefe de Sección, Código 2075, Grado 05 de la Sección de Archivo Correspondencia de la Subdirección Administrativa del citado instituto descentralizado (folio 2 cdno. ppal.).

Como restablecimiento del derecho, el demandante pide 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 que se consideren sin solución de continuidad sus servicios a la administración (folio 5 *ibídem*).

El *a-quo*, en la sentencia recurrida, denegó las súplicas de la demanda (folios 146 a 156 *ibídem*), pues consideró que el demandante era funcionario de libre nombramiento y remoción; que la buena conducta, eficiencia y moralidad del empleado no son factores para limitar el ejercicio de la facultad discrecional que tiene la administración; que en el caso *sub-lite* no existió violación de las normas sobre carrera administrativa que fueron invocadas en el escrito demandatorio, ya que el actor no estaba inscrito en la carrera ni designado en período de prueba en el empleo que desempeñaba; que la resolución impugnada no está motivada y, por ende, la falsa motivación alegada carece de fundamento, toda vez que no es dable que a la certificación expedida por la Directora del Incomex el 16 de noviembre de 1984 se le pueda dar el tratamiento de motivación del acto enjuiciado por ser posterior a éste; que la circunstancia de que la administración hubiera nombrado en reemplazo del demandante a una persona que no concursó ni que contaba con experiencia para el cargo, no desvirtúa la

presunción de legalidad de la resolución enjuiciada, por cuanto la prueba allegada al proceso no tiene la capacidad ni la eficiencia para demostrar vicio alguno en la formación de la voluntad administrativa, ni tiene ninguna relación de causalidad entre los hechos que intenta probar y el acto demandado; que de conformidad con documentos traídos al proceso al encontrarse el actor dentro de los cinco primeros puestos de la lista de elegibles para ejercer el empleo de Jefe de la Sección de Contabilidad, tenía una mera expectativa que no constituye derecho y además porque el cargo que ocupaba era otro; que el señor Orlando Joaquín Bustos Castañeda quien fuere nombrado con carácter provisional en el cargo de Jefe de la Sección de Archivo y Correspondencia no presentó concurso alguno y como no hay constancia que para ocupar este empleo fuera requisito concursar, en nada incide esta situación para que el nominador ejerciera la facultad de discrecional para designar a dicho señor en esa posición; que según la hoja de vida del referido funcionario está muy bien calificado, por lo que considera el Tribunal que bien pudo la administración tenerlo en cuenta para desempeñar el cargo de Jefe de Archivo y Correspondencia del Incomex, sin que esta circunstancia demerite las calidades de buen funcionario del demandante.

En la sustentación del recurso de apelación expresa el recurrente que el acto impugnado se expidió con abuso y desviación de poder, pues al funcionario que ha demostrado sus condiciones de competencia, moralidad y cumplimiento en el desempeño del cargo, no se le puede separar del servicio so pretexto de mejorar la dependencia u organismo al cual pertenece; que el principio de legalidad del acto administrativo impugnado perdió su presunción de legalidad en este asunto, pues demostrada la desviación de poder dicho principio queda sin soporte jurídico (folio 175 *ibidem*).

La doctora Fiscal Quinto del Consejo del Estado, estima que el fallo apelado amerita ser confirmado (folios 195 a 199 *ibidem*), pues en el caso *sub-judice* no logró desvirtuarse la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo acusado, teniendo en cuenta que el demandante podía ser desvinculado de la administración en ejercicio de la facultad discrecional por ser funcionario de libre nombramiento y remoción; que la circunstancia de que se hubiera designado en reemplazo del actor a una persona que no participó en concurso, no es razón suficiente para anular la resolución enjuiciada, puesto que para el empleo en el que fue removido el demandante no se hizo convocatoria, o por lo menos no obra prueba de ello dentro del expediente que el señor Orlando Joaquín Bustos Castañeda como Director Docente que fue, tenía como función, entre otras, la de organizar el archivo educativo atendiendo las técnicas del ramo, como acertadamente lo destaca el *a-quo* en la sentencia apelada; que el hecho de que el actor participara en el concurso para proveer el cargo de Jefe de la Sección de Contabilidad de la División Financiera del INCOMEX y ocupara el tercer puesto, no puede determinar que el acto acusado se profirió por móviles

SECCION SEGUNDA

diferentes al buen servicio público, pues el concurso se realizó para un empleo distinto del que fue desvinculado el demandante y que no le permitía permanecer inamovible en forma indefinida; que en cuanto a la anotación hecha por el apoderado del actor en escrito presentado el 2 de septiembre de 1987, la censura fue formulada a destiempo, en virtud de que para la fecha de presentación del libelo, ya existía el manual de funciones y requisitos del INCOMEX y la resolución No. 3184 del 18 de diciembre de 1984 expedida por el Director General de esta entidad, modificatoria de dicho manual, referente a los requisitos exigidos para ser jefe de sección.

Ahora bien, la Corporación está de acuerdo con la agencia del Ministerio Público de que la sentencia apelada de junio 9 de 1989, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, debe ser confirmada.

Como lo ha planteado la sala en otras ocasiones, "sea lo primero anotar, que así como el escrito introductorio establece el marco de juzgamiento dentro del cual se debe analizar la juridicidad del acto cuya nulidad se solicita, el apelante, al señalar en la sustentación del recurso los motivos de inconformidad respecto a la providencia acusada, 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-lite*, la Sala se referirá únicamente a los motivos de inconformidad expuestos". Sentencia del 12 de junio de 1992, expediente No. 4722, autoridades nacionales, actor: Eduardo Mantilla Nieto, Magistrado Ponente: Doctor Joaquín Barreto Ruíz.

Como se observa en el escrito de sustentación del recurso de apelación, el recurrente señala que la resolución acusada fue dictada con abuso y desviación de poder, puesto que el funcionario que ha demostrado sus condiciones de competencia, moralidad y cumplimiento de sus funciones, no es viable que se le separe del servicio. Tópico sobre el cual la apoderada del actor hace énfasis en escrito que reposa a folios 203 a 205 del cdno. ppal, con el de ampliar los argumentos hechos en el recurso de apelación, y que fuera para estos efectos presentado de manera extemporáneo. Dicho aspecto ya había sido expuesto por la parte actora en el libelo, como consta a folios 6, 7, 8 y 9 *ibidem* y se retira en el alegato de conclusión que aparece a folios 126 y 127 *ibidem*.

De igual modo, la apoderada del Incomex manifiesta su conformidad al respecto, pues aludiendo a lo sostenido por la parte actora, reconoce la eficiencia, honestidad y lealtad con que cumplió sus funciones en ese instituto descentralizado el demandante.

Asímismo, el señor Gilberto Holguín Ortiz en su declaración destaca las condiciones de buen funcionario que tenía el actor (folios 35 a 38 *ibidem*).

Así las cosas, no se discute en el caso *sub-lite* que el señor Gustavo Torres Funeme, fuera un empleado que cumplía sus funciones con honestidad y eficiencia.

Sin embargo, como lo destaca el señor Fiscal Séptimo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (folio 143 *ibidem*), “es preciso señalar y probar que hubo una motivación alejada del buen servicio público, y cual fue esa motivación, lo cual no se logra indicando solamente los méritos (presuntos o ciertos) del empleado removido, pues aún probándose tales méritos, no con ello queda probado el motivo desviado que originó la remoción...”

No consta en el proceso que el demandante gozará de los privilegios que otorga la ley a quienes tienen fuero de estabilidad en el empleo, pues no está demostrado que el actor estuviera inscrito en la carrera administrativa ni que se encontrara designado en período de prueba en el cargo que desempeñaba.

Como es de conocimiento, la declaración de insubsistencia es un instrumento que utiliza la administración para ejercer la facultad discrecional de remover a los funcionarios que no gozan de fuero de estabilidad, con el fin de velar por la conveniencia del servicio.

Y como lo ha sostenido la Corporación en numerosas oportunidades, tratándose de funcionario de libre nombramiento y remoción, la circunstancia de que un empleado sea honesto, eficiente y cumplidor de sus deberes, no es suficiente para que se enerve la facultad discrecional del nominador.

En providencia de la Sala de junio 30 de 1992, expediente No.3775, apelación sentencia, actor Julio Roberto Liévano Liévano, Magistrado Ponente: Doctor Diego Younes Moreno, expresó la Corporación:

“De otra parte, el hecho de que el demandante se hubiera desempeñado en la Superintendencia de Control de Cambios con capacidad y eficiencia, además de contar con buena experiencia administrativa, como se expone en el recurso de apelación, no limitaba el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad nominadora tratándose de empleado de libre nombramiento y remoción, ni creaba fuero de estabilidad en el cargo, como lo tienen los funcionarios que se han incorporado a la carrera administrativa”.

Igualmente, en la sentencia aludida del 12 de junio de 1992, se dijo:

“En cuanto a la brillante trayectoria administrativa del actor en Telecom (folio 181), como lo ha planteado la Sala en varias oportunidades, los méritos, la capacidad, la eficiencia, la buena conducta del empleado, no son en si

SECCION SEGUNDA

fuelle de estabilidad y menos aún de inamovilidad del funcionario de libre nombramiento y remoción, ni pueden enervar la facultad discrecional del nominador, puesto que tales circunstancias especiales no significan que no puedan haber otras personas que desempeñen mejor el cargo, o que no puedan existir otras razones, que por motivos del buen servicio hagan aconsejable producir la desvinculación del empleado”.

Los anteriores planteamientos hechos por la corporación son suficientes para que la Sala proceda en el caso *sub-judice* a confirmar la sentencia apelada del *a-quo*, que denegó las súplicas del escrito demandatorio.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada del 9 de junio de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso incoado por el señor Gustavo Torres Funeme en orden a obtener la nulidad de la resolución No.2820 del 16 de noviembre de 1984 dictada por el Instituto Colombiano de Comercio Exterior -INCOMEX-, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del demandante del cargo de Jefe de Sección, Código.2075, Grado 05 de la Sección de Archivo y Correspondencia de la Subdirección Administrativa del referido instituto descentralizado.

Reconócese como apoderado sustituto al doctor Jairo Fernando Imbachi Cerón, en los términos del poder conferido que obra a folio 211 del cdno. ppal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**INSUBSISTENCIA / EMPLEADO PUBLICO - Estabilidad /
ANOTACION EN LA HOJA DE VIDA (Aclaración de Voto)**

El funcionario debe reunir los requisitos señalados en la ley para el ejercicio de su función pública, que son, en general, académicos, personales y profesionales. Si el funcionario reúne todos esos requisitos y además ejerce su empleo durante varios años, no parece lógico que de esa suma de ingredientes no se desprenda ningún derecho, así sea relativo, de estabilidad en el cargo. En efecto, esos requisitos, condiciones y calidades, unidas al desempeño eficiente de sus funciones, fuerzan la conclusión de que quien posee esos elementos está capacitado para la correcta prestación del servicio público. Por tanto, salvo que se busque reemplazarlo con otro individuo mejor capacitado, no se observa - a menos de primera vista-, la razón para que se le pueda remover por causas o motivos que se encuadren dentro de la noción de las llamadas "necesidades del servicio". Reitero mi opinión de que la obligación prevista en el decreto 2400 de 1968, en el sentido de que la Administración Pública anote en la hoja de vida del empleado las razones, causas o motivos de su retiro, tiene una finalidad sana y lógica, en cuanto encausa la voluntad del ente oficial y le impide la arbitrariedad como regla de conducta.

Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Aunque compartí la decisión adoptada en el presente asunto por la Sala, considero necesario insistir en algunos puntos de vista relacionados con el derecho de estabilidad en el empleo, en los que mi pensamiento difiere del mayoritario, a saber:

SECCION SEGUNDA

1. El funcionario debe reunir los requisitos señalados en la ley para el ejercicio de su función pública, que son, en general, académicos, personales y profesionales.

2. Si el funcionario reúne todos esos requisitos y además ejerce su empleo durante varios años, no parece lógico que de esa suma de ingredientes no se desprenda ningún derecho, así sea relativo, de estabilidad en el cargo.

3. En efecto, esos requisitos, condiciones y calidades, unidas al desempeño eficiente de sus funciones, fuerzan la conclusión de que quien posee esos elementos está capacitado para la correcta prestación del servicio público. Por tanto, salvo que se busque reemplazarlo con otro individuo mejor capacitado, no se observa -a menos de primera vista-, la razón para que se le pueda remover por causas o motivos que se encuadren dentro de la noción de las llamadas "necesidades del servicio".

4. Reitero mi opinión de que la obligación prevista en el decreto 2400 de 1968, en el sentido de que la Administración Pública anote en la hoja de vida del empleado las razones, causas o motivos de su retiro, tiene una finalidad sana y lógica, en cuanto encauza la voluntad del ente oficial y le impide la arbitrariedad como regla de conducta. Ciertamente, el nominador tiene que adecuar la verdad de su intención a lo que consigne en la hoja de vida del funcionario removido. Y esto, -sin duda alguna-, redundará en una administración mejor, más sana y desprovista de los vicios que han impedido un desarrollo pleno de los sistemas de carrera.

5. En consecuencia, considero que las dos situaciones deben conjugarse armónicamente; esto es, de un lado la eficiencia, las calidades y virtudes del funcionario, y del otro, la necesidad "real" de la Administración Pública de removerlo, por causas, motivos o circunstancias que "inequívocamente" tengan que ver con el mejoramiento del servicio o su mayor eficiencia, y no con los caprichos o compromisos adventicios del nominador de turno.

Atentamente,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

**EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO /
EMPLEADO OFICIAL / PENSION DE JUBILACION -
Reconocimiento / JURISDICCION ORDINARIA /
COMPETENCIA FUNCIONAL**

La jurisdicción Contencioso Administrativa no es competente para asumir el conocimiento de este proceso en el cual dos entidades descentralizadas, que se rigen por las normas de las empresas industriales y comerciales del Estado, entran en conflicto por el pago de una pensión de jubilación reconocida a un trabajador oficial. En efecto, está demostrado en el expediente que el actor estaba vinculado por contrato de trabajo, lo cual es apenas lógico si se tiene en cuenta la naturaleza jurídica de ISA, última entidad a la cual prestó sus servicios, y la de la Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá Ltda. Esta controversia debe plantearse ante la jurisdicción ordinaria, puesto que en virtud de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 131 del C.C.A., no tiene competencia la jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de los litigios que directamente o indirectamente prevengan de un contrato de trabajo. Es decir, que las controversias surgidas de la liquidación de la pensión de jubilación de un trabajador oficial, hecha por una empresa industrial y comercial del Estado deben resolverse en la justicia ordinaria.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente No. 7871. Autoridades Nacionales. Actor: CENTRAL HIDROELECTRICA DEL RIO ANCHICAYA LTDA.

SECCION SEGUNDA

En grado de Consulta ha llegado al Consejo de Estado la sentencia de 13 de noviembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

ANTECEDENTES :

Ante el Tribunal la Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá Ltda. solicitó la nulidad de los artículos 4 y 5 de la resolución No. 0066 de 14 de marzo de 1989 expedida por el Gerente General de Interconexión Eléctrica S.A.- ISA-, por medio de la cual reconoció pensión de jubilación al señor Hernán Romero Quintero, con efectividad al 17 de diciembre de 1988.

También la del artículo 1o. de la resolución No. 0135 de 12 de junio de 1989 por la cual el mismo funcionario confirmó la anterior.

A manera de restablecimiento del derecho pidió que el Tribunal modificara las obligaciones que le fueron impuestas en los artículos 4 y 5 de la Resolución No. 0066.

Esas obligaciones consisten en que la Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá asuma el pago total de la pensión reconocida al señor Romero Quintero por ISA, incluidos los reajustes de ley, y en que, "una vez que por haber cumplido los requisitos exigidos por el Instituto de Seguros Sociales (ISS) se le reconozca al Doctor Hernán Romero Quintero la pensión de vejez", la Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá asuma inicialmente el excedente, si lo hubiere, entre dicha prestación y la pensión reconocida por ISA.

La razón de esta determinación está expuesta en la parte motiva de las resoluciones acusadas, y no es otra que la de considerar que la obligación es de la Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá, porque el beneficiario de la pensión laboró para ella durante 20 años y con posterioridad a ese lapso de tiempo se vinculó a ISA.

En su demanda la Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá alega que debe establecerse una proporcionalidad en el pago de la pensión, en relación con el tiempo servido a cada entidad, porque no puede ser obligada a pagarla toda cuando ISA incluyó al liquidarla, factores salariales extralegales que deben ser asumidos exclusivamente por ella.

LA SENTENCIA CONSULTADA :

El Tribunal accedió a las súplicas de la demanda, anuló los actos acusados y ordenó a ISA concurrir al pago de la pensión.

Salvó voto el Magistrado Mario Vélez Atehortúa, quien consideró que esta jurisdicción no es competente para conocer del asunto, por tratarse de la pensión de jubilación de un trabajador oficial.

Para resolver **SE CONSIDERA:**

Estima este Despacho que la jurisdicción Contencioso Administrativa no es competente para asumir el conocimiento de este proceso en el cual dos entidades descentralizadas, que se rigen por las normas de las empresas industriales y comerciales del Estado, entran en conflicto por el pago de una pensión de jubilación reconocida a un trabajador oficial.

En efecto, está demostrado en el expediente con numerosos documentos, que el señor Hernán Romero Quintero estaba vinculado por contrato de trabajo, lo cual es apenas lógico si se tiene en cuenta la naturaleza jurídica de ISA, última entidad a la cual prestó sus servicios, y la de la Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá Ltda.

En efecto, al folio 161 obra el contrato de trabajo. A folio 81 un acta de conciliación celebrada entre Pedro Javier Soto Sierra, en su calidad de representante legal de Intercomunicación Eléctrica S.A. y el señor Hernán Romero Quintero, en la cual consta la liquidación definitiva del contrato de trabajo de este último y las consecuencias pactadas en relación con esa liquidación.

Una de las razones del litigio planteado es la inclusión en la liquidación de la pensión, de factores salariales pactados en ISA mediante convención colectiva, que la Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá no paga a sus trabajadores y por tanto no acepta.

Todo lo anterior indica que esta controversia debe plantearse ante la jurisdicción ordinaria, puesto que en virtud de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 131 del C.C.A., no tiene competencia la jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de los litigios que directamente o indirectamente prevengan de un contrato de trabajo. Es decir, que las controversias surgidas de la liquidación de la pensión de jubilación de un trabajador oficial, hecha por una empresa industrial y comercial del Estado deben resolverse en la justicia ordinaria.

Además este acto no sería de aquellos que se realizan para el cumplimiento de funciones administrativas que la ley le haya confiado a la empresa. Pertenece a los que expide para el manejo ordinario de las relaciones laborales con su personal.

SECCION SEGUNDA

Por lo anterior, declárase nulo todo lo actuado en esta jurisdicción, en el proceso promovido por la Sociedad Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá Ltda., para obtener la nulidad de las Resoluciones por las cuales la Sociedad Interconexión Eléctrica S.A. ISA. liquidó pensión de jubilación al señor Hernán Romero Quintero.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase al Tribunal para su archivo.

Clara Forero de Castro

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

VIATICOS

Para la administración pública nacional, en materia de viáticos regía para el año de 1983, el Decreto Ley 69 de 1.983, cuyo artículo 11 los concibió como una contraprestación por un servicio especial y cuyo valor sería susceptible de ser graduado según la remuneración mensual del empleado, la naturaleza de la comisión y el lugar donde ella debía cumplirse. Textualmente prescribía esta disposición. Las entidades a que se refiere el presente artículo, fijarán el valor de los viáticos según la remuneración mensual del funcionario comisionado, la naturaleza de los asuntos que le sean confiados y el lugar donde debe llevarse a cabo la labor hasta por las cantidades señaladas en el presente artículo. Para determinar el valor de los viáticos, se tendrá en cuenta la asignación básica, los gastos de representación y los incrementos de salario por antigüedad. Dentro del territorio nacional sólo se reconocerán viáticos cuando el comisionado deba permanecer por lo menos un día completo en el lugar de la comisión, fuera de su sede habitual de trabajo. Cuando para el cumplimiento de las tareas asignadas no se requiera pernoctar en el lugar de la comisión, solo se reconocerá el cincuenta por ciento (50%) del valor fijado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 4025. Autoridades Departamentales. Actor: JAIRO ARBELAEZ ARIAS.

JAIRO ARBELAEZ ARIAS, solicita se declare la nulidad de los Decretos 0013 de 1981, 0054 de 1982 y 0222 de 1983, mediante los cuales se reajustan los viáticos permanentes al personal de supervisores y directores de núcleos educativos, actos expedidos por el Presidente de la Junta Administradora del FONDO EDUCATIVO REGIONAL DEL QUINDIO, "F.E.R.Q."

El actor expresa que los actos son de carácter nacional ya que fueron proferidos por el mandatario seccional como delegatario y Agente del Poder Central.

Señala que los Supervisores de Educación y los Directores de Núcleo de Desarrollo Educativo, son empleados públicos nacionales desde la expedición de la Ley 43 de 1975 y del Decreto Extraordinario 102 de 1976, y los viáticos por tener un carácter salarial solo pueden ser fijados por el Congreso de la República o por el Gobierno Nacional mediante precisas facultades extraordinarias, y no por la Junta del FER, de una parte, y de la otra, los viáticos no pueden ser permanentes ya que ellos solamente pueden causarse en virtud de servicios prestados fuera de la sede del empleado, sin que sea permitido el reconocimiento de sumas fijas mensuales por este concepto.

Aunque el auto admisorio de la demanda se notificó al Ministerio de Educación Nacional, al Gobernador del Departamento del Quindío en su calidad de Presidente del FER, y mediante edicto a los posibles particulares afectados y al curador *ad litem*, no se presentó por ninguno de ellos memorial de oposición o de solicitud de pruebas o alegatos de conclusión.

El Fiscal Cuarto del Consejo de Estado solicita se declare la nulidad de los actos acusados por cuanto le asiste razón al actor en su petición, ya que los viáticos constituyen un factor salarial, y además, confrontados los decretos de la Junta Administradora del FER del Quindío con la Constitución Política de 1886 y con los decretos leyes que regulaban el régimen de viáticos para el sector docente, se concluye que las normas acusadas no obedecían a las disposiciones constitucionales y legales. En uno de sus apartes, la vista Fiscal expresa lo siguiente:

"Determinado que los viáticos son salarios, así para ciertos efectos legales, concretamente, prestacionales, se necesite que para tenerlos como tal se perciban por un tiempo no menor de seis meses, se estima que ellos han de fijarse por la ley, y por consiguiente, por quienes poseen la facultad originaria o derivada de expedirla, esto es, el Congreso o el Presidente de la República, actuando éste, naturalmente, como Gobierno (art. 55 de la C.N.) y dentro de las autorizaciones que el Legislativo le conceda."

SECCION SEGUNDA

Para resolver se considera:

1) De acuerdo con lo expuesto en los actos acusados, el Gobernador del Departamento del Quindío obró no como autoridad territorial, sino como Presidente de la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional del Quindío, organismo del orden nacional que de conformidad con el artículo primero del Decreto Ley 102 de 1976, es el encargado de administrar los planteles nacionales. Textualmente prescribe el Artículo 1o. del Decreto 102:

“Los planteles nacionales de educación, con excepción de las universidades, serán administrados por los Fondos Educativos Regionales, F.E.R., en las condiciones que establece el presente Decreto. Para tal efecto se revisarán y adicionarán los contratos con los Gobernadores, Intendentes, Comisarios y el Alcalde del Distrito Especial de Bogotá, previstos en el capítulo IV del Decreto 1050 de 1968; mediante los cuales se constituyeron los F.E.R.” (se subraya)

2) Tanto el Director de Núcleo Educativo como el Supervisor Docente Departamental de acuerdo con lo previsto en el artículo 32 del Decreto Ley 2277 de 1979 tienen carácter docente, y a partir de la nacionalización de la educación, de conformidad con la Ley 43 de 1975, estos empleados departamentales, adquirieron el carácter de empleados públicos docentes nacionales de acuerdo con lo previsto en el artículo 1o. de la citada Ley 43 de 1975, cuyo texto expresa lo siguiente:

“La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación.

En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, serán de cuenta de la Nación, en los términos de la presente ley.

PARAGRAFO. El nombramiento del personal en los planteles que se nacionalizan por medio de esta Ley, o se hayan nacionalizado anteriormente, continuará siendo hecho por los funcionarios que actualmente ejerzan dicha función.” (se subraya)

3) A continuación debe examinarse la legalidad de cada uno de los actos acusados en el siguiente orden:

a) **Decreto 0013 de 1981.**

Para el año de 1981, el régimen salarial para el personal docente nacional y nacionalizado se encontraba regulado por el Decreto Ley 329 de 11 de febrero de 1981 y su Artículo 8o. prescribía que el régimen de asignaciones básicas en él señaladas, no podía ser modificada por ninguna autoridad, incluidas las Juntas Administradoras de los Fondos Educativos Regionales.

En materia de viáticos, el decreto preceptuó en el artículo 9o. que éste sería el señalado para los empleados administrativos del orden nacional, y su cuantía se fijaría según el lugar de la comisión, su duración y conforme lo determinara en cada caso el Ministerio de Educación Nacional. Prescribieron estas disposiciones lo siguiente:

“ARTICULO 8o.: El régimen de asignaciones básicas del personal docente a que se refiere el presente Decreto, no podrá ser modificado por las autoridades Departamentales, Intendenciales, Comisariales y Distrito Especial de Bogotá, ni por las Juntas Administradoras de los Fondos Educativos Regionales.” (se subraya)

“ARTICULO 9o.: Se aplicará al personal docente la escala de viáticos del sector central de la administración nacional, según el sitio donde deba desarrollarse la comisión y la duración de la misma, de acuerdo con la asignación que para cada caso determine el Ministerio de Educación Nacional.” (se subraya)

Para la Administración Pública Nacional en materia de viáticos, regía para el año de 1981, el Decreto Ley 50, cuyo Artículo 8o. los concibió únicamente cuando el funcionario cumpliera comisión de servicios fuera de su sede, y como un valor susceptible de ser graduado según la remuneración mensual del empleado, la naturaleza de la comisión y el lugar donde ella debiera cumplirse.

En otras palabras, los viáticos se concibieron como una contraprestación por un servicio especial prestado con ocasión de una comisión. Textualmente señalaba esta disposición:

“ARTICULO 8o.: Establécese la siguiente escala de viáticos para los funcionarios que deban cumplir comisión de servicios en el interior del país y en el exterior.

SECCION SEGUNDA

<u>Remuneración mensual</u>	<u>Viáticos diarios en pesos para comisiones en el país.</u>	“(...)”
-----------------------------	--	---------

Hasta 8.000	Hasta 800
De 8.001 a 16.000	Hasta 1.300
De 16.001 a 31.000	Hasta 1.900
De 31.001 a 46.000	Hasta 2.300
De 46.001 a 60.000	Hasta 2.700
De 60.001 en adelante	Hasta 3.100

Para determinar el valor de los viáticos se tendrán en cuenta la asignación básica mensual, los gastos de representación y los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto Extraordinario 1042 de 1978 y el Decreto Extraordinario 497 de 1980.” (se subraya)

b) Decreto 0054 de 1982.

Para el año de 1982, el régimen salarial del personal docente nacional y nacionalizado se encontraba regulado mediante el Decreto Ley No. 269 de 1982 y su Artículo 7o. prescribía que el régimen de asignaciones allí fijadas no podía ser modificada por ninguna autoridad, incluidas las Juntas Administradoras de los FER. En materia de viáticos, el Artículo 8o. preceptuó que este sería el señalado para los empleados administrativos del orden nacional. Textualmente decían estas disposiciones:

“ARTICULO 7o.: El régimen de asignaciones señalado en el presente Decreto no podrá ser incrementado, en ningún caso, por las autoridades departamentales, intendenciales, comisariales y de] Distrito Especial de Bogotá, ni por las juntas administradoras de los Fondos Educativos Regionales.” (se subraya)

“ARTICULO 8o.: A partir de la fecha de expedición del presente Decreto, se aplicará al personal docente nacional la escala de viáticos del sector central de la administración nacional según el sitio donde deba desarrollarse la comisión y la duración de la misma, de acuerdo con la asignación que para cada caso determine el Ministerio de Educación Nacional.

Al personal vinculado a los Fondos Educativos Regionales se les pagará los viáticos que señale la respectiva Junta Administradora con arreglo a los criterios determinados por el Ministerio según lo previsto en el anterior inciso.

En todos los casos a que se refiere este artículo, los viáticos se calcularán sobre la asignación básica que corresponde al docente según la escala señalada en el artículo 1o. del presente Decreto.” (se subraya)

Para la Administración Pública Nacional, en materia de viáticos regía para el año de 1.982, el Decreto Ley 3694, cuyo Artículo 9o. los concibió únicamente cuando el funcionario cumpliera comisión de servicios fuera de su sede, y como un valor susceptible de ser graduado según la remuneración mensual percibida por el empleado, y como una contraprestación resultante de un servicio especial prestado durante una comisión. Textualmente dice esta disposición:

“Artículo 9o.: Establécese la siguiente escala de viáticos para los funcionarios que deban cumplir comisión de servicios en el interior del país y en el exterior:

<u>Remuneración mensual</u>	<u>Viáticos diarios en pesos para comisiones en el país.</u>	“(...)”
10.000	Hasta 1.000	
10.001 a 20.000	Hasta 1.650	
20.001 a 38.750	Hasta 2.400	
38.751 a 57.500	Hasta 2.900	
57.501 a 75.000	Hasta 3.900	
100.001 en adelante	Hasta 4.500	

Para determinar el valor de los viáticos se tendrá en cuenta la asignación básica mensual, los gastos de representación y los incrementos de salario por antigüedad.” (se subraya)

c) Decreto 0222 de 1.983.

Para el año de 1.983, el régimen salarial del personal docente nacional y nacionalizado se encontraba regulado mediante el Decreto Ley No. 294 de 1.983, y su Artículo 10 prescribía que el régimen de asignaciones allí fijadas no podía ser modificada por ninguna autoridad, incluidas las Juntas Administradoras de los FER.

En materia de viáticos, el artículo 11 prescribía que para dicho personal regiría el fijado para los empleados administrativos del orden nacional. Textualmente prescribían estas disposiciones:

SECCION SEGUNDA

“ARTÍCULO 10o.: El régimen de asignaciones señalado en el presente Decreto no podrá ser incrementado en ningún caso por las autoridades departamentales, intendenciales, comisariales y del Distrito Especial de Bogotá ni por las Juntas Administradoras de los Fondos Educativos Regionales.” (se subraya)

“ARTÍCULO 11o.: Al personal docente se le aplicará, a partir de la fecha de expedición del presente Decreto, la escala de viáticos fijada para el sector central de la administración nacional de acuerdo con la cuantía que para cada caso determine el Ministerio de Educación Nacional, según el sitio donde deba desarrollarse la comisión y la duración de la misma.

Al personal vinculado a los Fondos Educativos Regionales se les pagará los viáticos que señale la respectiva Junta Administradora con arreglo a los criterios determinados por el Ministerio, según lo previsto en el inciso anterior. En todos los casos a que se refiere este artículo, los viáticos se calcularán sobre la asignación básica que corresponda al docente según la escala señalada en el artículo 2o. del presente Decreto” (se subraya)

Para la administración pública nacional, en materia de viáticos regía para el año de 1.983, el Decreto Ley 69 de 1.983, cuyo artículo 11 los concibió como una contraprestación por un servicio especial y cuyo valor sería susceptible de ser graduado según la remuneración mensual del empleado, la naturaleza de la comisión y el lugar donde ella debía cumplirse. Textualmente prescribía esta disposición:

“ARTÍCULO 11o.: Establécese la siguiente escala de viáticos para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional que deban cumplir comisión de servicios en el interior del país y en el exterior.

Remuneración mensual Viáticos diarios en pesos para comisiones en el país.

Hasta 12.500	Hasta 1.250
De 12.501 a 24.900	Hasta 2.100
De 24.901 a 47.700	Hasta 3.000
De 47.701 a 70.401	Hasta 3.650
De 70.401 a 91.500	Hasta 4.250
De 91.501 a 121.0001	Hasta 4.900
De 121.0001 en adelante	Hasta 5.600

EXP. -4025

Las entidades a que se refiere el presente artículo, fijarán el valor de los viáticos según la remuneración mensual del funcionario comisionado, la naturaleza de los asuntos que le sean confiados y el lugar donde debe llevarse a cabo la labor hasta por las cantidades señaladas en el presente artículo.

Para determinar el valor de los viáticos, se tendrá en cuenta la asignación básica, los gastos de representación y los incrementos de salario por antigüedad.

Dentro del territorio nacional sólo se reconocerán viáticos cuando el comisionado deba permanecer por lo menos un día completo en el lugar de la comisión, fuera de su sede habitual de trabajo.

Cuando para el cumplimiento de las tareas asignadas no se requiera pernoctar en el lugar de la comisión, solo se reconocerá el cincuenta por ciento (50%) del valor fijado.” (se subraya)

Como puede observarse, la Junta Administradora del FER del Quindío, según las anteriores disposiciones legales y a las cuales se encontraba subordinada en el manejo del personal docente que se le había confiado, carecía de competencia para incrementar el régimen de asignaciones del personal docente nacional y nacionalizado mediante el sistema de fijación de viáticos en forma permanente y sin existir comisión de servicios.

4) Precisamente sobre la no viabilidad del decreto y pago de los viáticos para esta clase de personal, el Ministerio de Educación Nacional ya se había pronunciado. Fue así como el Jefe de la División de Coordinación de los FER del citado Ministerio, dijo lo siguiente:

“C-FER-1633-84

Bogotá D.E.,
27 de Agosto 1984
Doctor
RODRIGO GÓMEZ JARAMILLO
Gobernador del Departamento
Presidente Junta Administradora FER ARMENIA

Apreciado Señor Gobernador

Sin la refrendación de la Señora Ministra de Educación, hacemos devolución del Acuerdo No. 10 de agosto 21 del año en curso, con el fin de que la

SECCION SEGUNDA

Junta Administradora se sirva modificarlo en los aspectos pertinentes a viáticos.

La totalidad de los recursos adicionados deben ser utilizados para incrementar las apropiaciones correspondientes a sueldos o aquellas de las nóminas que sean factores salariales deficitarios (sic).

En relación con los viáticos, observamos que el Decreto 0222 de mayo 3 de 1.983 es abiertamente ilegal por cuanto los viáticos permanentes no están autorizados por ninguna norma de carácter nacional; ellos solo pueden pagarse a funcionarios o empleados públicos que por necesidades del servicio y en virtud del acto administrativo válido se desplacen fuera de su sede habitual de trabajo; de conformidad, con toda atención solicitamos la derogatoria del mismo o, en su defecto, no ordenar con cargo al presupuesto del FER dichos viáticos permanentes.

FIRMADO:

FRANCISCO ROLDÁN CAJIAO

Jefe de División Coordinación de los F.E.R.” (se subraya)

5) Como de acuerdo con el Artículo 76, ordinal 9o. de la Constitución Política de 1.886, vigente en la fecha en que se expidieron los actos acusados, la competencia para fijar o variar las asignaciones, permanentes del personal docente le corresponda al legislador y no al Presidente de la Junta Administradora del FER del Quindío, se concluye que los actos acusados infringieron dicha Constitución Política, así como los decretos leyes transcritos, debiéndose por lo tanto, decretar la nulidad de los actos acusados.

6) Ya esta Sala mediante fallo de 9 de agosto de 1.991, expediente No. 3274, había expuesto que el Departamento del Quindío y respecto del personal docente de enseñanza primaria y secundaria de planteles nacionalizados por la Ley 43 de 1.975, carecía de competencia para variar el régimen salarial y prestacional. Dijo la Sala en esa oportunidad:

“La Sala considera importante señalar que el Departamento del Quindío, respecto del personal docente de enseñanza primaria y secundaria de los planteles nacionalizados por la Ley 43 de 1.975, carece de competencia para modificar el régimen salarial y prestacional, por disposición expresa de los artículos 11 del Decreto ley 715 de 1.978 y 9o. del Decreto Ley 386 de 1.980. Este último preceptúa lo siguiente:

Por el cual se fijan las asignaciones básicas mensuales correspondientes a los distintos grados del Escalafón Nacional Docente y se dictan otras disposiciones:

“(...)”

Artículo 9o.: De la prohibición de modificar el régimen salarial. El régimen de remuneración del personal docente a que se refiere el presente decreto no podrá ser modificado por las autoridades departamentales, intendenciales, comisariales y el Distrito Especial de Bogotá, ni por las Juntas Administradoras de los Fondos Educativos Regionales. Por este aspecto le asiste razón al actor.” (se subraya) 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: DECLÁRASE LA NULIDAD DE LOS DECRETOS 0013 DE 13 DE ENERO DE 1.981, 0054 DE 2 DE FEBRERO DE 1.982 Y 0222 DE 3 DE MAYO DE 1.983, MEDIANTE LOS CUALES EL GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL QUINDÍO EN SU CALIDAD DE PRESIDENTE DE LA JUNTA ADMINISTRADORA DEL FER DE DICHO DEPARTAMENTO, REAJUSTÓ LOS VIÁTICOS AL PERSONAL DE SUPERVISORES DE EDUCACIÓN Y DIRECTORES DE LOS NÚCLEOS EDUCATIVOS.

SEGUNDO: En firme la presente providencia, archívese el expediente.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993)

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arénas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION / PODER

A diferencia de la reposición o apelación o la súplica misma, una actuación que se surta en el mismo expediente del proceso original y ello es significativo para dar claridad al punto ya que, si conforme al artículo 70 del C.P.C., el apoderado está facultado para llevar a término el proceso y el poder se entiende conferido para “realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente”, es evidente que en el presente caso la actuación cumplida no se encuentra dentro de los anteriores presupuestos por las razones expuestas. el poder no termina por la cesación de funciones de quien lo confirió “como representante de una persona natural o jurídica, mientras no sea revocado por quien corresponda” pero ello es obvio, cuando se trata del mismo proceso, no cuando se tienen diferentes, caso en el cual, será de rigor conferir los correspondientes a efectos de la actuación correspondiente. De otra parte, conforme al artículo 315-3 de la Constitución en armonía con el 322, inciso segundo es atribución propia del Alcalde representar judicial y extrajudicialmente al Municipio y la norma es aplicable al Régimen del Distrito, lo que indica en forma nítida que menos aún se dan las condiciones para alegar hoy facultades que no fueron conferidas por quien tiene ahora la representación legal de éste.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda-Sala de Decisión.

Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

SECCION SEGUNDA

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 6268. Recurso Extraordinario de Revisión.
Actor: GUSTAVO CORONADO PINTO.

Se decide el recurso de súplica contra el auto del 18 de septiembre de 1992 proferido por el consejero conductor del proceso por medio del cual dispuso "no seguir escuchando" a la apoderada del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, en virtud de que el recurso de revisión, dada su naturaleza y características viene a constituir un nuevo proceso y por tal razón, debe otorgarse el correspondiente poder para actuar como demandante o demandado y de otro lado, el Personero dejó de ser el representante legal del Distrito, de conformidad con el artículo 315 numeral 3° de la actual Constitución Política. Por las mismas razones, se desestima el escrito de contestación del recurso visible a folios 62-72.

Al impugnar la decisión, manifiesta la apoderada del Distrito que el recurso extraordinario no es un nuevo proceso sino un medio de impugnación que procede contra las sentencias ejecutoriadas y al efecto transcribe apartes de jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado. Igualmente aduce que el poder otorgado para actuar no termina por la cesación de funciones de quien lo confirió como representante de una persona natural o jurídica mientras no sea revocado (fls. 80-81).

SE CONSIDERA:

El poder en cuya virtud ha venido actuando la apoderada del Distrito en el recurso extraordinario, fue conferido por el Personero dentro del proceso instaurado por la parte actora, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, para solicitar la nulidad del Decreto N° 1534 del 25 de junio de 1981 del Alcalde Mayor, por el cual fue declarado insubsistente del cargo de Inspector de Policía Grado 18 Centro de Costo 061116 (fls. 14 y 104 cuad. 2). En el recurso, se pretende obtener la nulidad de la sentencia del Tribunal que culminó el proceso y denegó las súplicas del libelo.

Ahora bien, de las previsiones contenidas en el artículo 65 del C.P.C. (Decreto 2282 de 1989, art. 1° num. 23), según el cual, en los poderes especiales "los asuntos se determinarán claramente de modo que no pueden confundirse con otros", se desprende que esta exigencia tiene como consecuencia, que el poder conferido para un asunto no pueda ser utilizado en otro distinto y dadas las características y naturaleza de los instaurados por el accionante, en ambos casos distintos, resulta contraria a la norma la actuación de la apoderada del Distrito en el presente recurso. Lo anterior, como ha dicho la Sala en providencia

reciente, tiene su fundamento en el propio mandato que es por definición un “contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo por cuenta y riesgo de la primera” (Código Civil, art. 2142), aparte de que el mandatario “se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen a obrar de otro modo” (art. 2157 *ibídem*). (Auto del 13 de febrero de 1991. Consejero Ponente Doctor REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER).

El recurso extraordinario propuesto contra la sentencia del Tribunal, si bien, ha sido concebido en la legislación dentro de los medios de impugnación (Título XXIII, Capítulo II del C.C.A.), tiene unas características propias que lo identifican e individualizan, diferente por su misma finalidad a los demás medios de naturaleza excepcional, entre sus objetivos y finalidades apunta al quebrantamiento de los principios de la cosa juzgada y está subordinado a que oportunamente se alegue y demuestre por parte legítima la existencia de alguna causal de las que taxativamente la ley ha previsto (art. 188 *ibídem*). De manera que para su procedencia y prosperidad es necesario que además de tener por fundamento aquéllos, debe interponerse “mediante demanda que reúna los requisitos prescritos por el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, con indicación precisa y razonada de la causal en que se funda, acompañada de los documentos necesarios” (art. 189 de la codificación).

Del anterior contexto, no es difícil inferir las diferentes relevantes no sólo con los otros medios de impugnación sino con la acción de restablecimiento del derecho promovida por el accionante que es en concreto para la que fue conferido el escrito de apoderamiento. No es tampoco, a diferencia de la reposición o apelación o la súplica misma, una actuación que se surta en el mismo expediente del proceso original y ello es significativo para dar claridad al punto ya que, si conforme al artículo 70 del C.P.C., el apoderado está facultado para llevar a término el proceso y el poder se entiende conferido para “realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente”, es evidente que en el presente caso la actuación cumplida no se encuentra dentro de los anteriores presupuestos por las razones expuestas.

Conviene observar además que ciertamente el poder no termina por la cesación de funciones de quien lo confirió “como representante de una persona natural o jurídica, mientras no sea revocado por quien corresponda” pero ello es obvio, cuando se trata del mismo proceso, no cuando se tienen diferentes, caso en el cual, será de rigor conferir los correspondientes a efectos de la actuación correspondiente. De otra parte, conforme al artículo 315-3 de la Constitución en armonía con el 322, inciso segundo es atribución propia del Alcalde representar judicial y extrajudicialmente al Municipio y la norma es

SECCION SEGUNDA

aplicable al Régimen del Distrito, lo que indica en forma nítida que menos aún se dan las condiciones para alegar hoy facultades que no fueron conferidas por quien tiene ahora la representación legal de éste.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión,

RESUELVE:

No prospera el recurso de súplica interpuesto contra la providencia del 18 de septiembre de 1992.

Notifíquese y Devuélvase al Despacho de Origen

Diego Younes Moreno, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz (Ausente), Dolly Pedraza de Arenas, Javier Díaz Bueno, (Conjuez).

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CADUCIDAD

Ante la solicitud del actor el alcalde presentó un proyecto de acuerdo que lo autorizaba para cubrir las horas laboradas y no pagadas al demandante, el cual fue desaprobado por la corporación edilicia ordenando su archivo; dicha negativa le fue comunicada al demandante por medio del oficio número 050 de 13 de marzo de 1987, es decir, en esta fecha el interesado tuvo conocimiento cabal, pleno, de la existencia de la decisión que le vulneró el derecho cuyo restablecimiento ahora pretende ante esta Jurisdicción. Por lo tanto, de esa fecha hay que partir para contar el término de caducidad de la acción y no del 17 de junio de 1988 como lo pretende el actor y aceptó el *a-quo* en la providencia consultada, pues, en esta última fecha y mediante el oficio 086 la administración no hizo otra cosa que reiterar lo ya expuesto en el oficio 050 anteriormente citado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., siete (7) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 6383. Autoridades Municipales. Actor: JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA.

Procedente del Tribunal Administrativo de Antioquia y en grado de consulta, ha llegado este asunto, relacionado con la demanda presentada

mediante apoderado, por el señor Jesús Alfredo González García contra el Municipio de El Retiro (Antioquia), el cual culminó con la sentencia de 25 de octubre de 1991, favorable a las pretensiones de la parte actora y contra el cual no fue interpuesto recurso de apelación por la parte demandada.

La providencia objeto de la consulta declara la nulidad del acto administrativo contenido en el acta número 05 de 1o. de marzo de 1987, emanada del Concejo Municipal de El Retiro, en cuanto al "no cubrimiento salarial al señor Jesús Alfredo González García de unos servicios por él prestados a la localidad".

Como consecuencia de la anterior declaración "ordénase al municipio de El Retiro a reconocer y pagar al señor Jesús Alfredo González García y por los servicios prestados como Jefe de Planeación, los sueldos y demás prestaciones sociales dejadas de percibir por éste, desde el 1o. de febrero de 1983 al 8 de marzo de 1985, por la jornada laboral de cuatro (4) horas no pagadas y en una suma que se determinará mediante un incidente en la forma señalada en la parte motiva. No se accede a las demás súplicas de la demanda".

Cumplidas como están las etapas propias del grado de consulta sin que las partes ni el Ministerio Público hubiesen descorrido el traslado que oportunamente se les dio mediante autos de 28 de enero de 1992 (fol. 84) y 13 de febrero del mismo año (fol. 85) y no observándose causal que invalide la actuación.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Según puede verse en el libelo demandatorio, el accionante, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, solicita ante esta jurisdicción la anulación del acta 05 del 1o. de marzo de 1987 y del oficio 086 de 17 de junio de 1988, por los cuales se negó el reconocimiento y pago de los salarios y demás emolumentos correspondientes a cuatro (4) horas diarias laboradas, y pretende que, como consecuencia de la anulación se declare que el municipio de El Retiro (Antioquia) está obligado a pagar al actor los salarios y demás prestaciones demandadas.

Se observa, además, que ante la solicitud del actor el alcalde presentó un proyecto de acuerdo que lo autorizaba para cubrir las horas laboradas y no pagadas al demandante, el cual fue desaprobado por la corporación edilicia ordenando su archivo (fol. 19); dicha negativa le fue comunicada al demandante por medio del oficio número 050 de 13 de marzo de 1987 (fol. 10), es decir, en esta fecha el interesado tuvo conocimiento cabal, pleno, de la existencia de la decisión que le vulneró el derecho cuyo restablecimiento ahora pretende ante

SECCION SEGUNDA

esta Jurisdicción. Por lo tanto, de esa fecha hay que partir para contar el término de caducidad de la acción y no del 17 de junio de 1988 como lo pretende el actor y aceptó el *a-quo* en la providencia consultada, pues, en esta última fecha y mediante el oficio 086 la administración no hizo otra cosa que reiterar lo ya expuesto en el oficio 050 anteriormente citado.

Ahora bien, si el demandante no estaba conforme respecto a la decisión administrativa, podía demandarla, pero siempre que lo hiciera dentro del término de caducidad establecido por la ley para esta clase de acciones.

Como no lo hizo así, es claro que cuando se presentó la demanda, el 25 de julio de 1988 (fol. 28), la acción estaba más que caducada, circunstancia que inhibe a la Sala de un pronunciamiento de fondo sobre su legalidad.

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 25 de octubre de 1991 emanada del Tribunal Administrativo de Antioquia; en su lugar, declarase inhibido para fallar de mérito sobre las pretensiones de la demanda incoada por el señor Jesús Alfredo González García.

**Cópiese, Notifíquese, Devuélvase al Tribunal de su origen,
Cúmplase.**

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 20 de mayo de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora (Salvo voto), Joaquín Barreto Pedraza, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**ACTO DEFINITIVO - Inexistencia / CADUCIDAD - Improcedencia
(Salvamento de Voto)**

El oficio 050 del 13 de marzo de 1987, que la Sala tuvo como acto definitivo, a mi juicio no lo es, porque en su parte fundamental simplemente expresa que “hasta no obtener la aprobación de la Corporación Edilicia, no se puede proceder a su Pago, pues sin éste requisito la erogación conllevaría a la formulación de glosas a cargo de su ordenador”. (Se subraya). Una lectura desprevenida de este documento lo que muestra es que el Alcalde no negó lo pretendido, sino que reservó su decisión final para cuando se obtuviera la aprobación del Concejo Municipal.

Santa Fe de Bogotá D.C., ocho (8) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Respetuosamente me permito manifestar que disiento de lo acordado mayoritariamente por la Sala, porque en mi sentir no se presentó el fenómeno de la caducidad de la acción y por tanto, considero que se ha debido confirmar la sentencia consultada, que accedió a las súplicas de la demanda.

En efecto, el oficio 050 del 13 de marzo de 1987 (Fl. 10), que la Sala tuvo como acto definitivo, a mi juicio no lo es, porque en su parte fundamental simplemente expresa que “hasta no obtener la aprobación de la Corporación Edilicia, no se puede proceder a su Pago, pues sin éste requisito la erogación conllevaría a la formulación de glosas a cargo de su ordenador”. (Se subraya). Una lectura desprevenida de este documento lo que muestra es que el Alcalde no negó lo pretendido, sino que reservó su decisión final para cuando se obtuviera la aprobación del Concejo Municipal.

SECCION SEGUNDA

En cambio, el oficio 086 del 17 de junio de 1988 (Fl. 18), sí podría entenderse como acto definitivo, porque ahora sí le manifiesta al peticionario, en su parte final, que "Por tales razones, este Despacho se encuentra impedido para reconocer lo solicitado". Es decir, que aquí sí hay, inequívocamente, una manifestación de la voluntad de la Administración Pública, en el sentido de no acceder a lo pedido.

En ese orden de ideas, pienso que el demandante obró conforme a la ley al presentar su demanda el 25 de julio de 1988, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a dicho acto definitivo y denegatorio. Por consiguiente, aunque respeto la decisión mayoritaria de la Sala no puedo compartirla, porque la considero injusta.

Atentamente,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ACTO FICTO

El principio general de que para que proceda el restablecimiento del derecho debe anularse previamente el acto administrativo no es aplicable en tratándose del *acto ficto* del silencio, pues éste, por ser una presunción legal, no es factible de ser anulado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 7121. Autoridades Departamentales. Actor: JESUS HERNAN GIRALDO VIATELA.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 12 de mayo de 1.992 por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante la cual se declaró inhibido para fallar en el fondo por falta del presupuesto procesal "demanda en forma".

LA DEMANDA:

El escrito de demanda (fls. 19-28), formula unas pretensiones declarativas y otras de condena, a saber:

Que se declare que la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales incurrió en el fenómeno del silencio administrativo negativo y de igual manera, el derecho de la actora a disfrutar de una prima de antigüedad, con antelación de tres (3) años a la fecha de presentación de la petición respectiva; así mismo, que se la condene a pagar dicha prima con efectos fiscales contados tres (3)

años antes de la interrupción de la prescripción; y que para su cumplimiento se tenga en cuenta, lo preceptuado en el artículo 177 del C. C. A.

Como hechos que fundamentan esas pretensiones se dice que la demandante está vinculada desde tiempo atrás a la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales; que el "Decreto Legislativo N°.165 de 1981 y los que lo sucedieron anualmente, fueran regulando el pago porcentual de la prima de Antigüedad"; que la entidad demandada estableció en favor de sus empleados un reajuste "salarial" por ese concepto, primero en virtud del acuerdo N°. 073 de 1976, y posteriormente, mediante los Nos. 074 y 004 de 1980; igualmente, que le canceló ese derecho a varios docentes, se lo dejó de aplicar a otros y "para el año 1982 le suprimió a todos el pago sin una justa causa legal atendible"; esto configura una injusticia, una discriminación y representa una rebaja salarial.

El *a-quo* le ordenó al actor corregir su demanda, lo que éste hizo mediante escrito visible de folios 31 a 40.

POSICION DE LA PARTE DEMANDADA:

La entidad demandada se hizo parte mediante apoderada judicial que contestó la demanda; propuso las excepciones de inepta demanda, insuficiencia de poder e inconstitucionalidad; y desde luego, pidió que se desestimaran las súplicas de aquélla.

LA SENTENCIA:

El Tribunal Administrativo del Meta consideró que debía inhibirse para fallar de fondo, porque en su sentir el demandante omitió señalar e individualizar el acto demandado, y así se pronunció, en efecto, "por falta de presupuesto de demanda en debida forma". (Fl. 106).

EL RECURSO:

En el escrito de sustentación del recurso (Fls. 109-112), la parte actora insistió en sus pedimentos y adujo que la demanda sí reunía los requisitos legales para que se resolviera en el fondo.

Toda vez que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a desatar el recurso de alzada, previas las siguientes

SECCION SEGUNDA

CONSIDERACIONES:

Es evidente que la demanda presenta numerosas deficiencias, aún después de corregida, por manera que dificulta bastante la labor del juzgador; sin embargo, con un criterio flexible la sala asume que sí reúne los requisitos formales y que por ello mismo permite un pronunciamiento de mérito, frente a la posición del *a-quo*, que resulta formalista en lo que hace con esta materia. El principio general de que para que proceda el restablecimiento del derecho debe anularse previamente el acto administrativo no es aplicable en tratándose del *acto ficto* del silencio, pues éste, por ser una presunción legal, no es factible de ser anulado.

Las pretensiones del *libelo* se apoyan en varios Acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales, de los cuales se aportaron una copia parcial del 037/78 y una completa del 004/80. Así mismo, en los decretos "legislativos" 165/81 (art. 2), que se refiere a otras materias bien distintas y por ello no es aplicable a este evento; 273/82 (Art. 1), 288/83 (Art. 2), 165/84 (Art. 2), 135/85 (Art. 2), 97/86 (Art. 2), 175/87 (Art. 2), 105/88 (Art. 2), 13/89 (Art. 2) y 60/90 (Art. 2).

De igual manera, se afirma en la demanda que la entidad demandada dejó de cancelar la "prima de antigüedad" para quienes la venía reconociendo, desde el año 1982.

Empero, ocurre que precisamente la Universidad plantea que a partir de dicho año, en cumplimiento y aplicación del decreto 0273/82 se cambió el sistema de liquidación y pago del salario, por manera que la remuneración mensual abarcó tanto el sueldo como la citada prima; y además, puntualiza la demandada que en virtud de su artículo 2o. "en dicho reajuste se entienden involucrados los incrementos por año cumplido de servicios ordenados para dicho personal en disposiciones anteriores a este decreto." O sea, que de allí en adelante ese reconocimiento se hizo uniforme para todos los docentes de esa institución, tanto los que no lo recibían antes como los que sí lo venían percibiendo, pero incluido dentro de su salario o asignación mensual, en lo cual es evidente que tiene razón la demandada.

En ese orden de ideas, es claro que lo que se demanda ya fue pagado y por ello la decisión deberá ser denegatoria.

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 proferida el 12 de mayo de 1.992 por el Tribunal Administrativo del Meta en el juicio instaurado por Jesús Hernán Giraldo Viatela; en su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día 12 de mayo de 1993.

Diego Younes Moreno, Presidente; Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

**CONGRESO DE LA REPUBLICA / EMPLEADO PUBLICO /
PENSION DE JUBILACION - Tope**

Mediante la ley 4a. de 1992 se facultó al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre éstos, los del Congreso, lo mismo que para establecer, por una sola vez, el plan de retiro, el cual debe comprender, indemnizaciones por concepto de pago de salarios, primas, bonificaciones y demás prestaciones sociales y/o pensiones de jubilación. Si bien es cierto que el decreto 1076 de 1992 no estableció tope alguno para estimar el monto de las pensiones, también es cierto, que la ley 71 de 1988 en su artículo 2o. estableció, que: "Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual, ni exceder de quince (15) veces dicho salario; salvo lo previsto en convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales" (Subraya la Sala). Como se ve, al emplear el legislador la expresión ninguna pensión, se refiere desde luego a todas, salvo lo previsto en convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales, que no es el caso del asunto *sub-lite*. En consecuencia, el decreto 1076 de 1992 hay que interpretarlo y aplicarlo en concordancia con el artículo 2o. de la ley 71 de 1988 en cuanto al tope señalado para estimar el monto de las pensiones a que se refiere. En el caso de autos, al hacer la liquidación de la mesada pensional del demandado no se tuvo en cuenta el límite establecido en el art. 2o. de la ley 71 de 1988 y se sobrepasó así el monto que se obtiene de multiplicar el salario mínimo legal vigente en el momento (fijado por el decreto 2867 de 21 de diciembre de 1991) por 15, lo que arroja la cantidad, que sería el tope máximo de la mesada pensional que debió reconocerse.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 7947 Autoridades Nacionales. Actor:
FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA.

El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, a través de apoderado, en acción pública de nulidad impugna el acto administrativo proferido por él y contenido en la resolución No. 0552 de 17 de julio de 1992 (fl. 22), mediante el cual se reconoció a Silverio Salcedo Mosquera, quien se desempeñaba como Secretario General de la Cámara de Representantes, una pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del día siguiente de su desvinculación definitiva del cargo, por la suma de \$2.288.230,57 equivalente al 75% del total devengado durante el último año de servicio.

Como la demanda llena los requisitos legales será admitida.

SUSPENSION PROVISIONAL

En el mismo libelo introductorio (fl. 46) se solicita se decrete la suspensión provisional del acto demandado con el argumento de que en la cuantificación y reconocimiento de la mesada pensional de Silverio Salcedo Mosquera, no se le dio aplicación al artículo 2o. de la ley 71 de 1988, el cual resulta violado directamente, según el análisis que se hace en el *acápite* anterior a la petición, al cual se remite el apoderado del accionante en la solicitud.

En dicho *acápite* se arguye que el artículo 18 de la ley 4a. de 1992 facultó al Gobierno Nacional para establecer, por una sola vez, el plan de retiro compensado de los empleados del Congreso, pudiendo comprender el mismo, indemnizaciones por concepto de pago de salarios, primas, bonificaciones y demás prestaciones sociales y/o pensiones de jubilación. En desarrollo de esa facultad el Gobierno Nacional expidió el decreto 1076 de 26 de junio de 1992, en el cual se estableció, a nivel de pensiones, un plan con criterio evidentemente contrario al que orienta al régimen ordinario del sector público, como se explica a continuación:

Reducción del tiempo indispensable para acceder a la pensión, consistente en completar a la terminación del período o a la fecha de publicación del decreto, un tiempo de servicios continuo o discontinuo al Congreso de la República, igual

SECCION SEGUNDA

o superior a 19 años; o haber cumplido 18 años y medio en el Congreso y un año adicional en cualquier otra entidad estatal.

Flexibilidad absoluta en materia de edad, puesto que se puede acceder a la pensión, a cualquier edad.

Reducción del período de recepción de ingresos, de 12 a 6 meses, sobre el cual ha de hacerse el cálculo de la mesada pensional.

Se omitió en el decreto 1076 tratar el tema atinente al tope máximo de pensiones fijado por el artículo 2o. de la ley 71 de 1988, según el cual ninguna mesada podrá ser superior a quince salarios mínimos legales. No obstante, se observa que el decreto 1076 de 1992 consagra expresamente una serie de excepciones a las reglas generales relativas a las pensiones, y la omisión en materia de topes, no puede entenderse como una exclusión, por demás, cuando conforme a las disposiciones que establecen procedimientos relativos a la interpretación y aplicación de la ley (ley 153 de 1887), a falta de norma específica deberán aplicarse las disposiciones de carácter general que regulen la materia, como en el caso presente en que se debe aplicar el artículo 2o. de la ley 71 de 1988.

Y de otra parte, la simple enunciación de que las personas que se acojan a este régimen: "Tendrán derecho a la pensión de jubilación ordinaria del 75% del salario promedio devengado en los últimos seis meses de servicio", no implica de suyo, una exclusión expresa al límite máximo de las mesadas, si se tiene en cuenta que también en el régimen general, las pensiones de jubilación ordinarias corresponden a la misma tasa porcentual.

Y, por último, que es necesario precisar que el decreto 1076 de 1992, ni el objetivo que lo origina ni su contenido, permiten realizar un análisis que permita colegir la intención del legislador de suprimir los topes de las pensiones, puesto que la ley 4a. de 1992 sólo facultó al Gobierno para estudiar las alternativas que pudieran facilitar la desvinculación masiva de la planta de personal que en ese momento laboraba para el Congreso de la República, habilitándolo para la estructuración de planes de retiro compensado, entre éstos, el de acceso a las pensiones, eliminando al efecto la edad y reduciendo el tiempo de servicio.

SE CONSIDERA:

Mediante la ley 4a. de 1992 se facultó al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre éstos, los del Congreso, lo mismo que para establecer, por una sola vez, el plan de retiro, el

cual debe comprender, indemnizaciones por concepto de pago de salarios, primas, bonificaciones y demás prestaciones sociales y/o pensiones de jubilación.

En ejercicio de dichas facultades el Gobierno Nacional profirió el decreto 1076 de 1992, estableciendo en el artículo 3o. lo siguiente:

“Los empleados públicos al servicio del Congreso Nacional que a la fecha de publicación del presente decreto o a la terminación de su período tuvieren un tiempo de servicio igual o superior a 19 años continuos o discontinuos con esta Corporación, tendrán derecho a la pensión de jubilación cualquiera que sea la edad.

“Los empleados que se pensionen acogidos a este régimen tendrán derecho a la pensión de jubilación ordinaria del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado en los últimos seis meses de servicio”.

Así, el Gobierno redujo el tiempo de servicio para acceder a la pensión de jubilación, abolió el requisito de cumplir determinada edad para ello y redujo el tiempo para estimar la base de liquidación de la prestación con base en lo devengado durante los últimos 6 meses de servicio y no durante los últimos 12 meses.

Con base en el decreto en comentario y por tener el requisito de tiempo de servicios, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, por medio de la resolución No. 0552 de 17 de julio de 1992 (fl. 23), ahora demandada, reconoció a Silverio Salcedo Mosquera una pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente a \$2'488.230,57 efectiva a partir del día siguiente de su desvinculación del servicio como Secretario General de la Cámara de Representantes.

La cuantía de la mesada pensional la obtuvo el Fondo de Previsión Social después de sumar, lo devengado por Silverio Salcedo Mosquera, que arrojó un total de \$3'317.640,76 y derivar de éste el 75% que dio el monto ya dicho, sin reparar en tope alguno.

De esta suerte, si bien es cierto que el decreto 1076 de 1992 no estableció tope alguno para estimar el monto de las pensiones, también es cierto, que la ley 71 de 1988 en su artículo 2o. estableció, que: “Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual, ni exceder de quince (15) veces dicho salario; salvo lo previsto en convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales” (Subraya la Sala). Como se ve, al emplear el legislador la expresión ninguna pensión, se refiere desde luego a todas, salvo lo previsto en convenciones

SECCION SEGUNDA

colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales, que no es el caso del asunto *sub-lite*.

En consecuencia, el decreto 1076 de 1992 hay que interpretarlo y aplicarlo en concordancia con el artículo 2o. de la ley 71 de 1988 en cuanto al tope señalado para estimar el monto de las pensiones a que se refiere.

En el caso de autos, al hacer la liquidación de la mesada pensional de Silverio Salcedo Mosquera no se tuvo en cuenta el límite establecido en el art. 2o. de la ley 71 de 1988 y se sobrepasó así el monto que se obtiene de multiplicar el salario mínimo legal de \$65.190.00 vigente en el momento (fijado por el decreto 2867 de 21 de diciembre de 1991) por 15, lo que arroja la cantidad de \$997.850.00, que sería el tope máximo de la mesada pensional que debió reconocerse a Silverio Salcedo Mosquera.

En las anteriores circunstancias aparece manifiesta la infracción al artículo 2o. de la ley 71 de 1988, por el acto que se demanda, y que se dé desde luego el presupuesto contenido en el numeral 2o. del artículo 152 del C.C.A. y que tenga, por lo mismo, la solicitud de la medida provisoria vocación de prosperidad, en razón de la cual se decretará:

En mérito de lo expuesto, SE RESUELVE:

1.- Admítase la demanda instaurada, a través de apoderado, por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

En consecuencia, se dispone:

- a) Notifíquese personalmente este proveído a Silverio Salcedo Mosquera;
- b) Notifíquese personalmente este proveído a la Procuradora Quinta Delegada en lo contencioso administrativo ante el Consejo de Estado;
- c) Fíjese el presente asunto en lista por el término de cinco (5) días para que la parte demandada, o los intervinientes, si los hubiere, puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas;
- d) Solicítase al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República el envío, dentro del término de quince (15) días, de los antecedentes administrativos del acto impugnado. Líbrese el correspondiente oficio;

e) No se ordena el depósito a que se refiere el numeral 4o. del artículo 207 del C.C.A., según la modificación introducida por el artículo 46 del decreto 2304 de 1989, por no haber lugar a ello por la naturaleza del asunto a que se contrae el *sub-lite*.

2.- Tiénese al doctor Henry Bravo Muñoz como apoderado del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República en los términos y para los efectos del poder conferido en escrito visible a folio 1.

3.- Decrétase la suspensión provisional del acto administrativo contenido en la resolución No. 0552 de 17 de julio de 1992 proferido por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, en la cuantía que exceda el límite de quince (15) veces el salario mínimo legal.

4.- Una vez ejecutoriada esta providencia comuníquese la suspensión provisional a dicho Fondo.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala en sesión celebrada el día 20 de mayo de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**CONGRESO DE LA REPUBLICA / EMPLEADO PUBLICO /
PENSION DE JUBILACION - Tope**

Mediante la ley 4a. de 1992 se facultó al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre éstos, los del Congreso, lo mismo que para establecer, por una sola vez, el plan de retiro, el cual debe comprender, indemnizaciones por concepto de pago de salarios, primas, bonificaciones y demás prestaciones sociales y/o pensiones de jubilación. Si bien es cierto que el decreto 1076 de 1992 no estableció tope alguno para estimar el monto de las pensiones, también es cierto, que la ley 71 de 1988 en su artículo 2o. estableció, que: "Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual, ni exceder de quince (15) veces dicho salario; salvo lo previsto en convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales". Como se ve, al emplear el legislador la expresión ninguna pensión, se refiere desde luego a todas, salvo lo previsto en convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales, que no es el caso del asunto *sub-líte*. En consecuencia, el decreto 1076 de 1992 hay que interpretarlo y aplicarlo en concordancia con el artículo 2o. de la ley 71 de 1988 en cuanto al tope señalado para estimar el monto de las pensiones a que se refiere. En el caso de autos, al hacer la liquidación de la mesada pensional del demandado, no se tuvo en cuenta el límite establecido en el art. 2o. de la ley 71 de 1988 y se sobrepasó así el monto que se obtiene de multiplicar el salario mínimo legal vigente en el momento (fijado por el decreto 2867 de 21 de diciembre de 1991) por 15, lo que arroja la cantidad que sería el tope máximo de la mesada pensional que debió reconocerse.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de junio de mil novecientos noventa y tres 1993.

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 8069. AUTORIDADES NACIONALES.
Actor: Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, a través de apoderado, en acción pública de nulidad impugna el acto administrativo proferido por él y contenido en la resolución No. 0710 de 27 de agosto de 1992 (fl.22), mediante el cual se reconoció a Luciano Villada Castaño, quien se desempeñaba como Secretario General de la Cámara de Representantes, una pensión mensual vitalicia de jubilación a, partir del día siguiente de su desvinculación definitiva del cargo, por la suma de \$ 1'567.855,38 equivalente al 75% del total devengado durante el último año de servicio.

Como la demanda llena los requisitos legales será admitida.

SUSPENSION PROVISIONAL

En el mismo *libelo* introductorio (fl. 41) se solicita se decrete la suspensión provisional del acto demandado con el argumento de que en la cuantificación y reconocimiento de la mesada pensional de Luciano Villada Castaño, no se le dio aplicación al artículo 2o. de la ley 71 de 1988, el cual resulta violado directamente, según el análisis que se hace en el acápite anterior a la petición, al cual se remite el apoderado del accionante en la solicitud.

En dicho *acápite*. se arguye que el artículo 18 de la ley 4a. de 1992 facultó al Gobierno Nacional para establecer, por una sola vez, el plan de retiro compensado de los empleados del Congreso, pudiendo comprender el mismo, indemnizaciones por concepto de pago de salarios, primas, bonificaciones y demás prestaciones sociales y/o pensiones de jubilación. En desarrollo de esa facultad el Gobierno Nacional expidió el decreto 1076 de 26 de junio de 1992, en el cual se estableció, a nivel de pensiones, un plan con criterio evidentemente contrario al que orienta al régimen ordinario del sector público, como se explica a continuación:

Reducción del tiempo indispensable para acceder a la pensión, consistente en completar a la terminación del período o a la fecha de publicación del decreto, un tiempo de servicios continuo o discontinuo al Congreso de la República, igual

SECCION SEGUNDA

o superior a 19 años; o haber cumplido 18 años y medio en el Congreso y un año adicional en cualquier otra entidad estatal.

Flexibilidad absoluta en materia de edad, puesto que se puede acceder a la pensión, a cualquier edad.

Reducción del período de recepción de ingresos, de 12 a 6 meses, sobre el cual ha de hacerse el cálculo de la mesada pensional.

Se omitió en el decreto 1076 tratar el tema atinente al tope máximo de pensiones fijado por el artículo 2o. de la ley 71 de 1988, según el cual ninguna mesada podrá ser superior a quince salarios mínimos legales. No obstante, se observa que el decreto 1076 de 1992 consagra expresamente una serie de excepciones a las reglas generales relativas a las pensiones, y la omisión en materia de topes, no puede entenderse como una exclusión, por demás, cuando conforme a las disposiciones que establecen procedimientos relativos a la interpretación y aplicación de la ley (ley 153 de 1887), a falta de norma específica deberán aplicarse las disposiciones de carácter general que regulen la materia, como en el caso presente en que se debe aplicar el artículo 2o. de la ley 71 de 1988.

Y de otra parte, la simple enunciación de que las personas que se acojan a este régimen: "Tendrán derecho a la pensión de jubilación ordinaria del 75% del salario promedio devengado en los últimos seis meses de servicio", no implica de suyo, una exclusión expresa. al límite máximo de las mesadas, se tiene en cuenta que también en el régimen general, las pensiones de jubilación ordinarias corresponden a la misma tasa porcentual.

Y por último, que es necesario precisar que el decreto 1076 de 1992, ni el objetivo que lo origina ni su contenido, permiten realizar un análisis que permita colegir la intención del legislador de suprimir los topes de las pensiones, puesto que la ley 4a. de 1992 sólo facultó al Gobierno para estudiar las alternativas que pudieran facilitar la desvinculación masiva de la planta de personal que en ese momento laboraba para el Congreso de la República, habilitándolo para la estructuración de planes de retiro compensado, entre éstos, el de acceso a las pensiones, eliminando al efecto la edad y reduciendo el tiempo de servicio.

SE CONSIDERA:

Mediante la ley 4a. de 1992 se facultó al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre éstos, los del Congreso, lo mismo que para establecer, por una sola vez, el plan de retiro, el cual debe

comprender, indemnizaciones por concepto de pago de salarios, primas, bonificaciones y demás prestaciones sociales y/o pensiones de jubilación.

En ejercicio de dichas facultades el Gobierno Nacional profirió el decreto 1076 de 1992, estableciendo en el artículo 3o. lo siguiente:

“Los empleados públicos al servicio del Congreso Nacional que a la fecha de publicación del presente decreto o a la terminación de su período tuvieren un tiempo de servicio igual o superior a 19 años continuos o discontinuos con esta Corporación, tendrán derecho a la pensión de jubilación cualquiera que sea la edad.

“Los empleados que se pensionen acogiendo a este régimen tendrán derecho a la pensión de jubilación ordinaria del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado en los últimos seis meses de servicio”.

Así, el Gobierno redujo el tiempo de servicio para acceder a la pensión de jubilación, abolió el requisito de cumplir determinada edad para ello y redujo el tiempo para estimar la base de liquidación de la prestación con base en lo devengado durante los últimos 6 meses de servicio y no durante los últimos 12 meses.

Con base en el decreto en comentario y por tener el requisito de tiempo de servicios, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, por medio de la resolución No. 0710 de 27 de agosto de 1992 (fl. 22), ahora demandada, reconoció a Luciano Villada Castaño una pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente a \$1'567.855,38 efectiva a partir del día siguiente de su desvinculación del servicio como Secretario General de la Cámara de Representantes.

La cuantía de la mesada pensional la obtuvo el Fondo de Previsión Social después de sumar lo devengado por Luciano Villada Castaño, que arrojó un total de \$2'090.473,85 y derivar de éste el 75% que dio el monto ya dicho, sin reparar en tope alguno.

De esta suerte, si bien es cierto que el decreto 1076 de 1992 no estableció tope alguno para estimar el monto de las pensiones, también es cierto, que la ley 71 de 1988 en su artículo 2o. estableció, que: “Ninguna Pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual, ni exceder de quince (15) veces dicho salario; salvo lo previsto en convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales” (Subraya la Sala). Como se ve, al emplear el legislador la expresión

SECCION SEGUNDA

ninguna pensión se refiere desde luego a todas, salvo lo previsto en convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales, que no es el caso del asunto *sub-lite*.

En consecuencia, el decreto 1076 de 1992 hay que interpretarlo y aplicarlo en concordancia con el artículo 2o. de la ley 71 de 1988 en cuanto al tope señalado para estimar el monto de las pensiones a que se refiere.

En el caso de autos, al hacer la liquidación de la mesada pensional de Luciano Villada Castaño no se tuvo en cuenta el límite establecido en el art. 2o. de la ley 71 de 1988 y se sobrepasó así el manto que se obtiene de multiplicar el salario mínimo legal de \$65.190.00 vigente en el momento (fijado por el decreto 2867 de 21 de diciembre de 1991) por 15, lo que arroja la cantidad de \$997.850.00, que sería el tope máximo de la mesada pensional que debió reconocerse a Luciano Villada Castaño.

En las anteriores circunstancias aparece manifiesta la infracción al artículo 2o. de la ley 71 de 1988, por el acto que se demanda, y que se dé desde luego el presupuesto contenido en el numeral 2o. del artículo 152 del C.C.A. y que tenga, por lo mismo, la solicitud de la medida provisoria vocación de prosperidad, en razón de la cual se decretará:

En mérito de lo expuesto, **SE RESUELVE:**

1.- Admítase la demanda instaurada, a través de apoderado, por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

En consecuencia, se dispone:

- a) Notifíquese personalmente este proveído a Luciano Villada Castaño;
- b) Notifíquese personalmente este proveído a la Procurador Cuarto Delegado en lo contencioso administrativo ante el Consejo de Estado;
- c) Fíjese el presente asunto en lista por el término de cinco (5) días para que la parte demandada, o los intervinientes, si los hubiere, puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas;
- d) Solicítese al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República el envío, dentro del término de quince (15) días, de los antecedentes administrativos del acto impugnado. Líbrese el correspondiente oficio;

e) No se ordena el depósito a que se refiere el numeral 4o. del artículo 207 del C.C.A., según la modificación introducida por el artículo 46 del decreto 2304 de 1989, por no haber lugar a ello por la naturaleza del asunto a que se contrae el sub-lite.

2.- Tiénese al doctor Henry Bravo Muñoz como apoderado del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República en los términos y para los efectos del poder conferido en escrito visible a folio 1.

3.- Decrétase la suspensión provisional del acto administrativo contenido en la resolución No. 0710 de 27 de agosto de 1992 proferido por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, en la cuantía que exceda el límite de quince (15) veces el salario mínimo legal.

4.- Una vez ejecutoriada esta providencia comuníquese la suspensión provisional a dicho Fondo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sala en sesión celebrada el día 20 de mayo de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria

**TEORIA DE LOS FINES Y MODALIDADES / VIA DE HECHO /
ACCION DE REPARACION DIRECTA / ACCION DE NULIDAD
Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedencia**

La Sala precisa que ciertamente de acuerdo con reiterada Jurisprudencia de la Corporación, son el móvil y los fines perseguidos por el accionante, los que determinan la naturaleza de la acción incoada, por lo cual la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, procede no solo contra actos de carácter particular y concreto, sino contra los actos de carácter general e impersonal, cuando éstos afectan directamente situaciones consolidadas de orden individual, como en el caso de actos administrativos de supresión de empleos. Si como lo afirma la demanda y lo acepta la administración, el retiro del actor tuvo ocurrencia a raíz de la expedición del acuerdo, sin que mediara otro acto administrativo, lo que se produjo fue una vía de hecho de la autoridad que, interpretando erradamente el Acuerdo, dejó de cancelar los sueldos a que tenía derecho el empleado hasta tanto no fuera removido. Procedía entonces la acción de reparación directa contra ese “hecho”, para la obtención de la correspondiente indemnización, no la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que presupone no sólo la existencia de un acto administrativo violador del derecho, sino que de su anulación pueda derivarse el restablecimiento del derecho vulnerado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., ocho (8) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 5363. Apelación Sentencia. Actor: OMAR PEREZ GAVIRIA.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de agosto 10 de 1990 pronunciada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en el proceso promovido por Omar Pérez Gaviria contra el Municipio de Cúcuta-Empresas Municipales de Cúcuta-.

ANTECEDENTES:

El accionante, mediante apoderado, en ejercicio de la acción denominada hoy de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó al Tribunal del conocimiento que hiciera las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA: Que es nulo el ACUERDO NUMERO 003 de 1988 de fecha veinte (20) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988). por medio del cual se modifica el ACUERDO NUMERO 061 de 1987, se derogan algunos de sus artículos, se dispone cuál es la Planta de Personal de la Contraloría del Municipio y se reglamenta las funciones de éste”.

“SEGUNDA: Que se CONDENE al MUNICIPIO DE CUCUTA - Empresas Municipales de Cúcuta - a REINTEGRAR al señor JOSE OMAR PEREZ GAVIRIA, al cargo de AUDITOR ESPECIAL DE LA CONTRALORIA ANTE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CUCUTA, a otro de igual o superior jerarquía”.

“TERCERA: Que se CONDENE al MUNICIPIO DE CUCUTA - Empresas Municipales de Cúcuta - a reconocer y pagar al señor JOSÉ OMAR PÉREZ GAVIRIA, los sueldos, gastos de representación, prestaciones sociales, primas y demás emolumentos que correspondan o lleguen a responder (sic) al cargo de Auditor Especial de la Contraloría ante las Empresas Municipales de Cúcuta, desde la fecha que dejó de cancelársele el sueldo hasta el 31 de diciembre de 1988 fecha en que termina el período para el cual fue elegido legalmente por el Honorable Concejo Municipal de Cúcuta”.

“CUARTA: Que se declare que no existido (sic) solución de continuidad en el ejercicio de sus funciones por parte del demandante desde junio hasta el 31 de diciembre de 1988”.

SECCION SEGUNDA

“QUINTA: Que se condene al MUNICIPIO DE CUCUTA - Empresas Municipales de Cúcuta - a dar Cumplimiento a la sentencia en el término estipulado de treinta (30) días contados a partir de la comunicación de la misma”.

“SEXTA: Que se condene al MUNICIPIO DE CUCUTA - Empresas Municipales de Cúcuta - a reconocer y pagar al señor JOSÉ OMAR PÉREZ GAVIRIA, intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia, e intereses moratorios después de ese término sobre las sumas líquidas de dinero reconocidas en la providencia”.
(fls 60-61)

En el fallo recurrido, el Tribunal resolvió declararse inhibido para un pronunciamiento de fondo por indebida acumulación de pretensiones, debido a que en la demanda se acumuló una pretensión de nulidad de un acto de carácter general, no individualizado, que crea una situación jurídica objetiva, no subjetiva, acusable en acción pública, con una de restablecimiento del derecho, propia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. (folios 95-102)

Inconforme con la decisión del Tribunal, la apelante sustenta el recurso alegando que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, no es la naturaleza del acto sobre el que recae la pretensión el factor que determina la acción, sino el móvil o fin que se persigue al incoarla; lógico es, dice, que contra un acto de carácter general puede interponerse la acción de restablecimiento del derecho encaminada no sólo a que desaparezca de la vida jurídica, sino encausada a que se reparen los posibles perjuicios sufridos con el acto general que afecte intereses particulares y en el caso concreto, los del demandante, en cuanto el acto demandado cambió su situación de carácter individual; no era necesario la expedición de un acto particular, puesto que el Acuerdo No 003 de 1988 al modificar el No. 061 de 1987, cambió la situación del demandante, al desconocer el período para el cual había sido elegido por el propio Consejo Municipal de Cúcuta. (fls. 105-107)

La Fiscalía Quinta de la Corporación Conceptúa que en el caso sub iudice no se presenta la indebida acumulación de pretensiones como lo consideró el *a-quo*; dice que el Acuerdo demandado modificó el 061 de 1987 en lo relacionado con el nombramiento de los Auditores Especiales, al establecerles un período fijo, pero hizo la salvedad con respecto al lapso comprendido entre mayo y el 31 de diciembre de 1988; concluye aseverando que el demandante era funcionario de libre nombramiento y remoción y por ello podía ser desvinculado en cualquier momento, por lo que pide se revoque la sentencia apelada y en su lugar, se denieguen las súplicas de la demanda. (fls. 115-120)

Agotado el trámite de ley y no observándose causal de nulidad procesal, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

En primer lugar la Sala precisa que ciertamente de acuerdo con reiterada Jurisprudencia de la Corporación, son el móvil y los fines perseguidos por el accionante, los que determinan la naturaleza de la acción incoada, por lo cual la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, procede no solo contra actos de carácter particular y concreto, sino contra los actos de carácter general e impersonal, cuando éstos afectan directamente situaciones consolidadas de orden individual, como en el caso de actos administrativos de supresión de empleos.

Ahora bien, el Concejo Municipal de Cúcuta mediante Acuerdo No. 003 de mayo 20 de 1988, dispuso en el artículo 4o.:

“ARTICULO CUARTO: Los Auditores especiales de, las Empresas Públicas Municipales, Central de Transportes Valorización Mpal y Centro Cultural Mpal, serán elegidos por el Concejo Mpal por período de un año.

Estos períodos empezarán a contarse a partir del 1o. de enero al 31 de Dic. de cada año.

PARAGRAFO.- El personal adscrito para cada una de las Auditorías Especiales serán de libre nombramiento y remoción de los Auditores Especiales.

PARAGRAFO TRANSITORIO: A partir de la sanción del presente Acuerdo hasta 31 de Dic. de 1988, los Auditores Especiales de que habla este Art. serán de libre nombramiento y remoción del Contralor Municipal. (fl. 57)

Según este artículo el Acuerdo en mención no suprimió el empleo de Auditor Especial ante las Empresas Municipales que desempeñaba el accionante, sino que le señaló un período y transitoriamente otorgó la facultad nominadora que corresponde al Concejo según el artículo 4o. del propio Acuerdo, al Contralor Municipal quien podía ejercerla libremente hasta el 31 de diciembre de 1988.

No dispuso el referido Acuerdo ni la supresión del cargo, ni la separación del servicio del accionante; se limitó, a conferirle al Contralor Municipal, por un lapso determinado, la facultad de nombrar y remover libremente a los Auditores Especiales.

SECCION SEGUNDA

Significa lo anterior, que la remoción del accionante no provino del acto acusado y por ello de su nulidad no puede derivarse el restablecimiento del derecho que se pretende con el reintegro al cargo, el pago de emolumentos dejados de devengar y la declaratoria de continuidad del servicio.

De manera que si como lo afirma la demanda y lo acepta la administración, el retiro del actor tuvo ocurrencia a raíz de la expedición del acuerdo, sin que mediara otro acto administrativo, lo que se produjo fue una vía de hecho de la autoridad que, interpretando erradamente el Acuerdo, dejó de cancelar los sueldos a que tenía derecho el empleado hasta tanto no fuera removido.

Procedía entonces la acción de reparación directa contra ese "hecho", para la obtención de la correspondiente indemnización, no la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que presupone no sólo la existencia de un acto Administrativo violador del derecho, sino que de su anulación pueda derivarse el restablecimiento del derecho vulnerado.

Como equivocadamente se escogió esta acción, resultan incongruentes las pretensiones de nulidad y la consecencial de restablecimiento y por ende inepta la demanda.

Siendo el requisito de demanda en forma, un presupuesto material para que proceda sentencia de mérito, como el en *sub-examine* la demanda carece de ese presupuesto, la Sala procederá por razones diferentes a las expuestas por el Tribunal a confirmar el pronunciamiento inhibitorio.

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 diez (10) de agosto de mil novecientos noventa (1.990) pronunciada en el proceso promovido por Omar Pérez Gaviria contra el Municipio de Cúcuta.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del día veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).-

EXP. -5363

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

**EMPLEO DE PERIODO / DESTITUCION - Improcedencia /
PROCESO DISCIPLINARIO / DEBIDO PROCESO / DERECHO
DE DEFENSA.**

Al demandante se le conculcaron sus derechos de defensa y al debido proceso, porque en el remedio de investigación que adelantó dicha entidad edilicia no existieron cargos, ni recepción de descargos, ni cierre de la misma se violó el artículo 306 del Decreto 1333 de 1986, como lo expuso la distinguida Colaboradora Fiscal, “por cuanto el Contralor Municipal no podía ser removido antes del vencimiento del período sino cuando se cumplieran los requisitos señalados en la ley para tal efecto como sería por sentencia judicial o por (sic) previo el cumplimiento del proceso disciplinario señalado en el Decreto 482 de 1985”.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D. C., ocho (8) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejo Ponente: *Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 5636.- Asuntos Municipales.-Consulta.
Actor: RAMON JIMENEZ RODRIGUEZ.

Conoce la Sala del grado de jurisdicción de consulta contra la sentencia proferida el 14 de diciembre de 1990 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, dentro del juicio instaurado por Ramón Jiménez Rodríguez contra actos del Concejo Municipal de Santa Marta.

LA DEMANDA:

RAMON JIMENEZ RODRIGUEZ demandó mediante apoderado judicial, a fin de obtener la anulación de la suspensión por diez, (10) días en el cargo de Contralor Municipal de Santa Marta; la de la elección como Contralor Encargado de Alirio Machado Jiménez y la de su posesión; la de la prórroga de la suspensión mencionada, la de su destitución y la de la elección para el resto del período de aquél, y como restablecimiento del derecho, su reintegro por el resto del período; salarios y prestaciones por el mismo lapso; declarar que hubo solución de continuidad; y adicionalmente, compulsar copias para investigar las responsabilidades civiles y penales que se desprendan de los actos acusados.

Como hechos y omisiones de la acción señaló que tomó posesión del cargo de Contralor Municipal de Santa Marta el 28 de diciembre de 1988, para el período comprendido entre el 1.º de enero de 1989 y el 31 de diciembre de 1990, para, el cual había sido elegido, en legal forma por el Concejo Municipal en su sesión del 4 de noviembre de 1988.

Desempeñó normalmente esas funciones hasta el 6 de mayo de 1989, fecha en la cual se presentaron varios acontecimientos de orden político que implicaban su remoción, como en efecto ocurrió, aunque con una suspensión provisional previa y el encargo de Alirio Machado Jiménez; aduce que literalmente "fue lanzado por la FUERZA". Puso los hechos en conocimiento del Gobernador, pero hasta la fecha de presentación de la demanda desconocía "el resultado de ese clamor".

Más tarde, el 16 de mayo de 1989, se prorrogó ilegalmente dicha suspensión; ese mismo día también fue suspendido provisionalmente el Personero Municipal y reemplazado por un Encargado.

El 30 de mayo de 1989 "se baja el telón del sainete" y se destituye al demandante y se elige como nuevo Contralor Municipal a Alirio Machado J.

El libelo cita como normas violadas la Ley 11 de 1986. artículos 51,62 y 64; así mismo, menciona los artículos 26, 143 y 197 de la Constitución Nacional, y los artículos 303, 306 y 385 del decreto 1333 de 1986.

El Municipio se hizo parte; en memorial que obra a folios 107 y 108 del expediente, contestó el libelo de demanda y se opuso a sus pretensiones.

Del mismo modo, se hizo parte Alirio Machado Jiménez, a través de apoderado judicial que contestó la demanda y propuso excepciones.

SECCION SEGUNDA

LA SENTENCIA:

El *a-quo* hizo un detenido análisis de las facultades disciplinarias del Concejo Municipal frente al Contralor Municipal, y con base en ello, sentó una primera conclusión según la cual ese organismo había excedido sus atribuciones y violado el debido proceso.

En la investigación adelantada por el Concejo Municipal contra el demandante no se le formularon a este cargos de ninguna especie, por manera que también se le violó su derecho de defensa.

No sólo ocurrió esto, sino que el Concejo le impuso al actor sanciones que no le están permitidas.

Por esas razones, accedió a las peticiones de la demanda en cuanto al pago de emolumentos hasta la fecha de vencimiento del período (31 de diciembre de 1990) no así en lo que hace con el reintegro, porque para la fecha de ejecutoria de la sentencia, estaría vencido ese período; y tampoco respecto de la nulidad de la elección y posesión de su reemplazo.

Como encontró el Tribunal que la violación de la ley por parte de los Concejales que participaron en los hechos fue “manifiesta y ostensible”, ordenó compulsar copias del expediente para que el Personero Municipal adopte las medidas del caso, tendientes a lograr que aquellos respondan, inclusive pecuniariamente, por su “conducta ilegal”.

EL CONCEPTO FISCAL:

La Fiscal Quinto de la Corporación conceptúa que debe confirmarse la sentencia consultada, porque se encuentra debidamente probada la infracción de las normas invocadas por la parte actora en su demanda, con la expedición de los actos acusados.

Por tanto, no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Es incuestionable el proceder antijurídico del Concejo Municipal de Santa Marta, en lo que tiene que ver con las actuaciones que condujeron a la destitución de RAMON JIMENEZ RODRIGUEZ como Contralor Municipal para el período comprendido entre el 1o. de enero de 1989 y el 31 de diciembre de 1990.

En efecto, el Decreto No. 482 de 1985, reglamentario de la Ley 13 de 1984, aplicable a estos eventos por mandato del artículo 10o. de la Ley 49 de 1987, establece los parámetros del procedimiento disciplinario que debía aplicársele al demandante si en verdad se hubiesen dado los supuestos de hecho que le endilgan los actos acusados:

Empero, es claro que el Concejo Municipal de Santa Marta no aplicó este estatuto, como que en ningún momento se le formularon al actor cargos de ninguna naturaleza, con lo cual se quebrantó también el artículo 26 de la Carta vigente para la época.

Es decir, que al demandante se le conculcaron sus derechos de defensa y al debido proceso, porque en el remedo de investigación que adelantó dicha entidad edilicia no existieron cargos, ni recepción de descargos, ni cierre de la misma.

Del mismo modo, se violó el artículo 306 del Decreto 1333 de 1986, -como lo expuso la distinguida Colaboradora Fiscal-, "por cuanto el Contralor Municipal no podía ser removido antes del vencimiento del período sino cuando se cumplieran los requisitos señalados en la ley para tal efecto como sería por sentencia judicial o por (sic) previo el cumplimiento del proceso disciplinario señalado en el Decreto 482 de 1985".

En ese orden de ideas, habrá de confirmarse la sentencia consultada.

Aunque el Consejero Ponente no comparte la tesis mayoritaria de la Sala en cuanto a que deba disponerse el descuento de las sumas que el demandante haya percibido del Tesoro Público durante el mismo período, por los mismos conceptos, en cuanto considera que implican una indemnización por la ilegalidad del acto de la Administración y no una segunda asignación en los términos del artículo 64 de la Constitución de 1.886 o del 128 de la de 1.991, incluirá dicha orden en la parte resolutive, sin salvar el voto y únicamente con este acápite aclaratorio, por cuanto sobre los demás aspectos de la *litis* su pensamiento coincide plenamente con el de demás integrantes de aquella.

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 proferida el 14 de diciembre de 1990 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, con la adición de que de las condenas

SECCION SEGUNDA

fulminadas deberán descontarse las sumas que por iguales conceptos haya recibido el doctor Ramón Jiménez Rodríguez del Tesoro Público, en el mismo lapso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la sala en su reunión el del día 12 de mayo de 1993.

Diego Younes Moreno, Presidente; Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Clara Forero De Castro, Rolly Pedraza De Arenas, Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

RENUNCIA FORZADA

El Departamento no acreditó que la persona nombrada en su reemplazo tuviese los requisitos previstos en ese ordenamiento; y lo que es más grave, no pudo comprobar que el actor hubiese renunciado de su empleo. Es sabido que la renuncia de un funcionario no puede ser sino libre espontánea y desprovista de cualquier elemento que ponga en situación de indefensión al mismo. Es incuestionable que los motivos que invoca la administración pública para expedir un acto administrativo tienen que ser ciertos, veraces. No pueden ser falsos ni acomodaticios. Por consiguiente, le bastan a la Sala estos sencillos elementos de juicio para concluir que en verdad el acto acusado está aquejado de un vicio insubsanable que debe conducir a su anulación y a la prosperidad de las demás pretensiones de la demanda.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 5743. Autoridades Departamentales. Actor: **ARMANDO ANTONIO VIVERO ARRAZOLA.**

Conoce la sala del grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia proferida el 14 de febrero de 1991 por el Tribunal Administrativo de Sucre, mediante la cual accedió a la súplicas de la demanda presentada por Armando Antonio Vivero Arrázola contra el artículo 1o del decreto No. 211 del 12 de mayo de 1989, dictado por el Gobernador del Departamento de Sucre.

SECCION SEGUNDA

LA DEMANDA:

En el *libelo* de demanda (Fls. 21 a 49) se pidió la nulidad del acto acusado, por medio del cual se "aceptó" la renuncia del demandante del cargo de Gerente del Instituto para el Desarrollo de Sucre, IDES; y como consecuencia de ello, el reintegro, "el total de sueldos, primas, vacaciones, bonificaciones, cesantías y demás emolumentos y prestaciones legales y extralegales" dejados de percibir entre la fecha del retiro y la del reintegro; y la declaración de que no hay solución de continuidad por razón de ese lapso.

Como hechos de la demanda se dijo que el actor fue nombrado Director Administrativo del Instituto para el Desarrollo de Sucre -IDES- por resolución del 25 de noviembre de 1986 y tomó posesión de su empleo al día siguiente. Su comportamiento fué ejemplar. Esto produjo que mediante decreto del 6 de enero de 1989 se le nombrara como Gerente (E.), cargo del cual tomó posesión el 12. Posteriormente fué nombrado en propiedad (el 17 de marzo). Por causa de la inestabilidad política se produjo el acto ilegal e injusto de remoción del demandante, a través de la supuesta aceptación de una renuncia que jamás presentó éste; y se nombró en su reemplazo una persona que no reunía los requisitos para el cargo.

En la demanda se le imputaron tres cargos al acusado:

- a) Falsa motivación;
- b) Desviación de poder; y
- c) Violación de norma superior.

Cada uno de los cargos anteriores se explicó de manera profusa y extensa.

Dentro del término legal se adicionó la demanda.

POSICION DE LA PARTE DEMANDADA:

El Departamento de Sucre se hizo parte y contestó la demanda, con argumentos como los que acto seguido se transcriben:

"El acto acusado no adolece de los vicios que señala el demandante ya que efectivamente el señor Armando (sic) Vivero Arrázola presentó renuncia del cargo que ocupaba como Gerente del Instituto para el Desarrollo de Sucre (Ides). El escrito contentivo de dicha renuncia se hará allegar (sic) oportunamente para que figure como prueba dentro del

proceso. De todas formas, en gracia de discusión la falta de renuncia del cargo no vicia de nulidad el acto administrativo acusado, y si la administración decide aceptar una renuncia no presentada, está actuando de conformidad con su poder discrecional.” (Fl. 67).

Como excepción se propuso la de “carencia de fundamentos para recurrir”.

LA SENTENCIA:

El *a-quo* declaró no probada la excepción propuesta por el Departamento de Sucre; accedió a decretar la nulidad del acto enjuiciado y las consecuencias invocadas en la demanda.

Para ello se apoyó en que si bien el actor era un empleado de libre nombramiento y remoción, el procedimiento utilizado para removerlo resultaba abiertamente ilegal, en cuanto aquél nunca renunció realmente, y por ende, el acto respectivo se encontraba aquejado de falsa motivación. Así mismo, el Tribunal encontró que se violaba una norma superior, relacionada con los requisitos para desempeñar el cargo de Gerente del Instituto, porque el demandante los demostró suficientemente; sin embargo, la administración no probó que su reemplazo tuviera las condiciones o calidades señalada en el “artículo 24 (Parágrafo único) del Decreto No. 238 de 14 de marzo de 1978 expedido por el señor Gobernador del Departamento de Sucre, mediante el cual se aprueba la reforma de los Estatutos del Instituto para el Desarrollo de Sucre (IDES)...”.

EL CONCEPTO FISCAL:

La Fiscal Quinto conceptúa que según la doctrina la negación de la parte actora en cuanto al hecho de la presentación de su renuncia por tener un carácter indefinido invierte la carga de la prueba, por manera que le correspondía a la administración demostrar lo contrario, como entre otras cosas, lo anunció al contestar la demanda. Empero como no lo hizo, es ostensible que el acto acusado contiene una falsa motivación, al tenor de lo dispuesto por el artículo 84 del C. C. A.

No habiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a desatar la consulta, previas las siguientes

SECCION SEGUNDA

CONSIDERACIONES:

El decreto No. 211 de 1989 (Fl. 2) expedido por el Gobernador del Departamento de Sucre, se encabeza con la expresión "Por el cual se acepta una Renuncia y se hace un Encargo". (Se destaca y subraya).

En los estatutos del Instituto para el Desarrollo de Sucre -IDES- (fls. 8-18), aprobados mediante el Decreto No. 238 de 1978 por el Gobernador del Departamento de Sucre, se establece que para ser Gerente del mismo se "requiere ser profesional en las carreras de Derecho, de Economía, Administración de Empresa e Ingeniería y Arquitectura., y tres (3) años de experiencia comprobada." (Fl. 14).

El actor comprobó haber estudiado la Carrera de Administración de Empresas entre los meses de enero de 1979 y diciembre de 1983 en la Universidad Autónoma del Caribe; (Fl- 20); y tener la experiencia exigida en las disposiciones estatutarias.

El Departamento de Sucre, que fué el que se hizo parte, no acreditó que la persona nombrada en su reemplazo tuviese los requisitos previstos en ese ordenamiento; y lo que es más grave, no pudo comprobar que el actor hubiese renunciado de su empleo.

Es sabido que la renuncia de un funcionario no puede ser sino libre espontánea y desprovista de cualquier elemento que ponga en situación de indefensión al mismo.

De igual manera, es incuestionable que los motivos que invoca la administración pública para expedir un acto administrativo tienen que ser ciertos, veraces. No pueden ser falsos ni acomodaticios.

Por consiguiente, le bastan a la Sala estos sencillos elementos de juicio para concluir que en verdad el acto acusado está aquejado de un vicio insubsanable que debe conducir a su anulación y a la prosperidad de las demás pretensiones de la demanda, como lo dispuso el *a-quo* y se confirmará por esta Corporación.

De otro lado, la Sala no puede menos que consignar su extrañeza por la manera irresponsable y alegre como la administración seccional de Sucre profirió el acto demandado, al igual que por la conducta procesal que asumió, aduciendo argumentos pueriles en su defensa, para abandonar el proceso después de ser condenada en primera instancia.

Aunque el Consejero Ponente no comparte la tesis mayoritaria de la Sala en cuanto a que deba ordenarse que del monto de las condenas se descuenten las sumas que el demandante pueda haber recibido por iguales conceptos del Tesoro Público, en la medida en que considera que éstas, tienen el carácter de una indemnización por la ilegalidad en que incurrió la administración y no el de una segunda asignación, en los términos contemplados en los artículos 64 de la Constitución de 1886 y 128 de la de 1991, así lo dispondrá en la parte resolutive, sin salvamento de voto y únicamente con este acápite aclaratorio, habida cuenta de que en todos los otros aspectos su pensamiento coincide con el de los demás Magistrados que integran la Sala.

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.- Confírmase la sentencia proferida el 14 de febrero de 1991 por el Tribunal Administrativo de Sucre.

Segundo.- Adiciónase dicho proveído en el sentido de que de las condenas fulminadas deberán descontarse las sumas que durante el mismo período haya recibido el Doctor ARMANDO ANTONIO VIVERO ARRAZOLA del Tesoro Público, por iguales conceptos.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día 20 de mayo de 1.993.

Diego Younes Moreno, Presidente; Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**PRIMA DE ANTIGUEDAD - Reajuste / CADUCIDAD /
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL - Improcedencia.**

El actor dejó de demandar las resoluciones que resolvieron sobre la prima de antigüedad y por lo tanto no le era viable revivir los términos para el ejercicio de esta acción contenciosa, acusando las resoluciones objeto de la demanda como ya quedó expuesto, motivo por el cual se considera que habiendo caducado la acción, se deberá revocar la sentencia denegatoria para en su lugar proferir un fallo inhibitorio. No sobra finalmente señalar que no es cierto como lo afirma el apoderado de la actora que “decretar oficiosamente la caducidad de la acción es desconocer, que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”, puesto que la figura de la caducidad es de orden público, y obliga al juez a declararla oficiosamente cuando ella se presente, figura bien distinta a la de la prescripción del derecho que debe ser alegada para que surta sus efectos por estar dirigida ya no al procedimiento sino al derecho sustancial. Bien es cierto que debe prevalecer el derecho sustancial como lo advierte el Artículo 228 de la Carta Política, pero siempre y cuando la jurisdicción tenga competencia para hacerlo, la cual por caducidad de la acción no existe en el presente proceso.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C. nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 5318. **RESOLUCIONES MINISTERIALES.** Actor: ELIZABETH GALEANO ORTIZ.

ELIZABETH GALEANO ORTIZ, solicita se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 8065 de 2 de octubre de 1987 y 1823 de 3 de marzo de 1988, mediante las cuales el Viceministro de Justicia negó la reliquidación de su prima de antigüedad.

Fundamenta su solicitud con base en que en el período comprendido entre 1973 y 1985, no le fueron hechos los reajustes bienales de la prima de antigüedad en los porcentajes que la ley ordena, y fue así como para el año de 1980 aunque ya devengaba el 40% de prima de antigüedad esta permaneció inmodificable durante 4 años. Agrega que posteriormente la Pagaduría de la Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué, en enero de 1981 le disminuyó el porcentaje de la citada prima del 40% al 30%, de lo cual dejó constancia en las nóminas correspondientes por tratarse de una decisión unilateral injusta.

La actora en el punto 6o. de los hechos de la demanda agrega que inclusive mediante Resolución No. 1665 de 30 de marzo de 1987, el Ministerio de Justicia le reconoció un 60% de prima de antigüedad.

El Ministerio de Justicia se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que a la actora se le han decretado correctamente los incrementos de la prima de antigüedad y que en general debe estarse a lo que se pruebe en el proceso.

Señala que efectivamente se dictó la Resolución No. 1665 de 1987 a que alude la actora, pero no necesariamente quiere decir con ello que le corresponda un 76% de prima de antigüedad.

En el término de traslado para alegar de conclusión, la actora reitera sus pretensiones y expresa que quedó probado que le fue disminuido su sueldo y que la acción no ha caducado.

El Fiscal ante el Tribunal Administrativo solicita se denieguen las súplicas de la demanda por considerar que con las resoluciones acusadas la actora hábilmente pretende revivir términos, pues sus solicitudes ya fueron resueltas con anterioridad por el Ministerio de Justicia sin que hubiera acudido en demanda ante la jurisdicción oportunamente. Textualmente dijo el Fiscal del Tribunal:

“De acuerdo a ls (sic) normas pertinentes dicho Despacho profirió las Resoluciones Nos. 0518 del 29 de abril de 1983 reconociéndole un 40%

SECCION SEGUNDA

de prima de antigüedad a partir del 1o. de enero de 1983; la 3790 del 5 de julio de 1985 un 50% a partir del 1o. de enero de 1985, y la No. 1665 del 30 de marzo de 1987 un 60%, a partir del 1o. de enero de 1987.

Tenemos entonces, que lo impetrado por el mandatario judicial de la Actora ya fue resuelto por el Ministerio de Justicia mediante las Resoluciones indicadas, providencias contra las cuales no se interpuso recurso alguno.

Sin embargo, el apoderado de la accionante, hábilmente pretende revivir los términos que tenía para recurrir esas providencias administrativas, al presentar los memoriales arriba descritos, a fin de provocar una decisión de la Administración, la que se materializó en la Resolución No. 8065 de 2 de octubre de 1987, tantas veces citada, la cual fue confirmada en todas sus partes por la No. 1823 de 3 de marzo de 1988.

La Fiscalía considera que si contra las Resoluciones 0518 de 1983, 3790 de 1985 y 1665 de 30 de marzo de 1987, no se interpusieron oportunamente los recursos consagrados por la ley, tales actos se encuentra en firme, conforme lo dispuesto por el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo.

Y, si ello ocurre en el caso presente, el Tribunal no puede pronunciarse sobre la validez de los actos acusados, ya que, éstos se refieren a cuestiones que fueron debatidas y decididas en las Resoluciones 0518 de 1983, 3790 de 1985 y 1665 de 30 de marzo de 1987.”

El Tribunal Administrativo mediante sentencia denegó las súplicas de la demanda por considerar que la parte actora habla dejado caducar la acción contenciosa. Dijo en su parte pertinente el fallo recurrido:

“Por lo anterior es forzoso proferir una sentencia desestimando las pretensiones de la demanda porque la acción de tipo contencioso administrativa viable ha caducado, ya que la decisión administrativa se plasmó en términos remotos que hacen imposible ahora el control jurisdiccional. La negativa a la reliquidación no puede anularse porque el error endilgado, es de muchos años atrás y quedaron definitivamente saneados (de existir) al no impugnarse las anteriores resoluciones.”

El actor interpuso el recurso de apelación por estimar que las peticiones que culminaron con las resoluciones de los años 1983, 1985 y 1987 son diferentes a las que resolvieron los actos acusados y porque además el Tribunal pretexto de que las peticiones eran las mismas violó ostensiblemente el artículo 160 de la C.N. por cuanto el sueldo le fue disminuido sin previo consentimiento.

El Ministerio de Justicia guardó silencio en este momento procesal.

El **Fiscal Cuarto** del Consejo de Estado luego de examinar el proceso concluye que efectivamente la acción caducó y debe confirmarse el fallo recurrido. Dijo la Fiscalía lo siguiente:

“Se advierte, por otra parte, que al presentarse el mencionado fenómeno de la caducidad de las acciones, la demandante, hábilmente, forzó un nuevo pronunciamiento de la Administración sobre una situación ya consolidada, mediante las providencias ahora demandadas, que, por lo demás, se encuentran arregladas a la ley, y por consiguiente, no es procedente su nulidad”

Para resolver se considera:

1) De la lectura de los actos acusados, de los memoriales sobre agotamiento de la vía gubernativa y del *libelo* demandatorio se concluye sin lugar a dudas que el reajuste de la prima de antigüedad lo solicita respecto de los períodos comprendidos entre el 1o. de septiembre de 1973 y el 1o. de septiembre de 1987, según puede leerse claramente de las peticiones consignadas en estos documentos (Fls. 8, 14 y 44).

2) En vía de ejemplo a lo antes expresado, el segundo considerando de las dos resoluciones acusadas textualmente expresan:

a) Resolución 8065 de 1987: “Que la doctora GALEANO ORTIZ fundamenta su petición en que tiene derecho a un 86% de prima de antigüedad a partir del 1o. de septiembre de 1987 por cuanto viene laborando en forma continua en la rama Jurisdiccional en propiedad desde el 1o. de septiembre de 1969 hasta la actualidad, de acuerdo con lo establecido en los decretos 903 de 1969, 1231 y 2757 de 1973;”

b) Resolución No. 1823 de 1988: “Que la doctora GALEANO ORTIZ argumenta que tiene derecho a un 86% de prima de antigüedad a partir del 1o de septiembre de 1987, por venir vinculada al poder judicial en propiedad desde el 1o. de septiembre de 1969 hasta la actualidad, de acuerdo con lo establecido en los decretos 903 de 1969, 1231 y 2757 de 1973;”.

3) La Resolución No. 8065 de 1987, refiere cómo el Ministerio de Justicia ha reconocido mediante diferentes resoluciones la prima de antigüedad de la

SECCION SEGUNDA

actora, y cual el motivo jurídico para no acceder a estas peticiones. textualmente señala el último considerando de éste acto acusado:

“Que el 1o. de diciembre de 1979 la doctora GALEANO ORTIZ quedó sometida a la limitante salarial establecida en el artículo 4o. del decreto 542 por cuanto la asignación básica era de \$21.300, más un incremento de prima de antigüedad del 40% de \$9.885.30, para un total de \$31.185.30, sobrepasando al básico del nominador que era de \$28.400.00.

Que en vista de lo anterior y de acuerdo a las normas pertinentes este Despacho dictó las resoluciones números 0518 del 29 de abril de 1983 reconociéndole un 40% de prima de antigüedad a partir del 1o. de enero de 1983, la 3790 del 5 de julio de 1985 un 50% a partir del 1o. de enero de 1985, y la No. 1665 del 30 de marzo de 1987 un 60% a partir del 1o. de enero de 1987, en razón a todo lo cual,”

“(...)”

4) Uno de los grandes disentimientos de la actora es el hecho de que en la nómina de sueldos para 1.981, la prima de antigüedad que traía en un 40% le fue disminuida en un 30% y sin embargo, no impugnó dicha decisión y aceptó posteriormente la liquidación de la prima en un total del 60% del sueldo, mediante Resolución No. 1665 de 30 de marzo de 1987, acto que según se acaba de expresar, no fue acusado en este *sub-lite*.

5) Sin lugar a dudas se concluye que los actos acusados resolvieron no reliquidar las diferentes primas de antigüedad ya liquidadas y correspondientes a los períodos que se examinaron y resolvieron mediante las Resoluciones 518 de 1983, 3790 de 1985 y 1665 de 1987 y a las cuales se refirieron las resoluciones demandadas en el *sub-lite*.

6) Como la Resolución No. 1665 de 30 de marzo de 1987, último acto mediante el cual le fue reconocida su prima de antigüedad en un 60% no fue impugnada y ésta se halla ejecutoriada, debe concluirse como lo expresa el artículo 71 del C.C.A. que “ni la petición de revocación de un acto ni la decisión que sobre ella recarga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones administrativas, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo.”

7) Por consiguiente, la Sala estima que el actor dejó de demandar las resoluciones que resolvieron sobre la prima de antigüedad y por lo tanto no le era viable revivir los términos para el ejercicio de esta acción contenciosa, acusando las resoluciones objeto de la demanda como ya quedó expuesto, motivo

por el cual se considera que habiendo caducado la acción, se deberá revocar la sentencia denegatorio para en su lugar proferir un fallo inhibitorio.

No sobra finalmente señalar que no es cierto como lo afirma el apoderado de la actora que “decretar oficiosamente la caducidad de la acción es desconocer, que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”, puesto que la figura de la caducidad es de orden público, y obliga al juez a declararla oficiosamente cuando ella se presente, figura bien distinta a la de la prescripción del derecho que debe ser alegada para que surta sus efectos por estar dirigida ya no al procedimiento sino al derecho sustancial.

Bien es cierto que debe prevalecer el derecho sustancial como lo advierte el Artículo 228 de la Carta Política, pero siempre y cuando la jurisdicción tenga competencia para hacerlo, la cual por caducidad de la acción no existe en el presente 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, y de acuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

PRIMERO: REVOCASE LA SENTENCIA APELADA DE FECHA 30 DE JULIO DE 1990 PROFERIDA POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA Y EN SU LUGAR, DECLARASE INHIBIDO PARA DECIDIR EN EL FONDO DE LA ACCION INCOADA POR LA DRA. ELIZABETH GALEANO ORTIZ, POR CADUCIDAD DE LA ACCION.

SEGUNDO: En firme la presente decisión remítase al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día tres (3) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Alvaro Lecompte Luna, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, (ausente); Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

DOCUMENTO - Valor Probatorio / LEY

El artículo 251 del C.P.C. dice que es documento “todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo”; y la ley, como está ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia no es un medio probatorio, sino un presupuesto de la demanda.

Ahora bien; la declaratoria de inexecuibilidad de una disposición legal no la hace falsa. Por tanto, es equivocada también la afirmación del libelo en este sentido.

PRUEBA RECOBRADA

Y en cuanto a la causal segunda, es ostensible que la prueba recobrada no puede ser sino una de las que se contemplan con esa calidad y categoría en el procedimiento civil, aplicable por analogía, concepción dentro de la que no cabe la ley.

Esto es, que los planteamientos de la demanda sobre el particular, como ya se anotó, son confusos y contradictorios.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993):

Consejero Ponente: Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Referencia: Expediente. No. 5611.- Recurso de Revisión.- Actor: MUNICIPIO DE FLORENCIA (CAQUETÁ)-(CARLOS H. MURCIA COGOYO).-

Conoce la Sala del recurso extraordinario de revisión interpuesto por el Municipio de Florencia, Departamento del Caquetá, contra la sentencia proferida el 22 de agosto de 1990 en el proceso de restablecimiento del derecho instaurado por Carlos H. Murcia Cogoyo, mediante la cual se condenó a esa entidad a pagarle una prima extracarcelaria del 20% de su asignación mensual por el tiempo comprendido entre el 28 de julio de 1984 y el 27 de julio de 1987.

LA DEMANDA:

En la demanda (Fls. 27-31), se pide que se invalide la sentencia mencionada, se dicte la que “en derecho corresponda”; se inscriba en la “oficina pertinente” y se condene al entonces demandante “a los perjuicios ocasionados y las costas y gastos del proceso.”

CAUSALES DE REVISION INVOCADAS:

En el *libelo* se invocan la causal primera y la segunda del artículo 188 del C.C.A.

Para sustentar la primera, se dice que la sentencia se basó en un documento falso; y se le da esa calificación al texto del artículo 85 de la Ley 32 de 1986, declarado inexecutable por la corte Suprema de justicia mediante sentencia del 26 de junio de 1990.

En cuanto a la segunda, se dice que ahora se ha “recobrado” copia de dicha sentencia.

El señor Carlos H. Murcia Cogoyo no pudo ser notificado, por lo cual se le emplazó y luego se le designó Curador *Ad-Litem*, quien tomó posesión oportunamente (Fl. 88).

EL CONCEPTO FISCAL:

La Procuradora Novena de la Corporación plantea en su concepto (Fls. 96-103), que en cuanto a la causal primera de revisión, es claro que se basa en la “falsedad o adulteración de una prueba documental decisiva para la sentencia.” (Fl.-98), sin embargo, recalca que un texto legal no tiene ese carácter, y que la circunstancia de que desaparezca del mundo jurídico por una sentencia de inexecutable “no implica el desconocimiento de las situaciones jurídicas constituidas con anterioridad.” (Fl. citado). Fuera de ello, hace énfasis en que el derecho que le fue reconocido al demandante en dicho proceso tuvo también como base “el artículo 28 del Decreto ley 259 de 1938.” (fl.101). Por tanto, estima que el cargo no debe prosperar.

SECCION SEGUNDA

Respecto de la causal segunda, precisa que allí se trata de pruebas que no pudieron aducirse sin culpa del vencido; es decir, que no se pudieron llevar al proceso por "fuerza mayor, caso fortuito o conductas dolosas de la otra parte"; y concluye que esto no se dio en el Caso de autos, por lo cual tampoco tiene vocación de prosperidad dicho cargo.

La Sala precede a desatar el recurso, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Es indudable que la demanda de revisión se apoya en elementos confusos, si que también contradictorios.

En efecto, el artículo 188 del C.C.A. tal como fue modificado por el 41 del Decreto-ley 2304 de 1989, reza en lo que hace con las dos causales invocadas lo siguiente:

“1o.) Haber dictado la sentencia con fundamento en documento falsos o adulterados;

2o.) Si se recobraren pruebas decisivas después de dictada la sentencia con las cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente, que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria;”. (Se subraya).

El artículo 251 del C.P.C. dice que es documento “ todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo”; y la ley, como está ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia no es un medio probatorio, sino un presupuesto de la demanda.

Ahora bien; la declaratoria de inexecutable de una disposición legal no la hace falsa. Por tanto, es equivocada también la afirmación del libelo en este sentido.

Y en cuanto a la causal segunda, es ostensible que la prueba recobrada no puede ser sino una de las que se contemplan con esa calidad y categoría en el procedimiento civil, aplicable por analogía, concepción dentro de la que no cabe la ley.

Esto es, que los planteamientos de la demanda sobre el particular, como ya se anotó, son confusos y contradictorios.

Por otra parte, como se puso de presente antes, lo resuelto por el Tribunal no sólo devino del artículo 85 de la Ley 32 de 1986, sino que del mismo modo

EXP. -5611

se apoyó en el artículo 28 del Decreto ley 259 de 1938, que ni siquiera menciona la demanda, de donde se desprende sin mayores disquisiciones al respecto que no está llamada 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:

No se revisa la sentencia proferida el 22 de agosto de 1990 por el Tribunal Administrativo del Caquetá en el juicio de Carlos H. Murcia Cogoyo, contra dicha entidad, sobre prima extracarcelaria del 20% de la asignación mensual.

Cópiese, notifíquese remítase al Tribunal Administrativo del Caquetá.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día 20 de mayo de 1993.

Diego Younes Moreno, Presidente; Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

ACTO DE EJECUCION / ACTO COMPLEJO - Inexistencia / JURISDICCION ROGADA

El acto de ejecución es asimismo perfecto jurídicamente hablando y, por lo tanto, en teoría al menos, es atacable en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, independientemente de aquél o de aquéllos que hayan sido sus antecedentes, pero, claro está, por vicios propios de él, no por vicios atribuibles a los últimos. Sería acusable, por ejemplo, un acto de ejecución emitido por funcionario incompetente, o sin motivación o por falsa motivación o saliéndose de los marcos de los actos que pretende ejecutar. Y serían acusables los actos-*causa* en ejercicio de la acción, arguyendo la existencia de algunos de los vicios de incompetencia, o de irregularidad, o de desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o de falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los haya proferido. No se trata, por consiguiente, y en la Sala se atiende al raciocinio que expone el apelante, de actos complejos que sea necesario demandar inescindiblemente bajo una misma cuerda, pero acusando uno u otro, o todos ellos en conjunto, de acuerdo con los vicios propios de cada uno de ellos; si el actor invoca vicios que endilga a un acto que no ha sido demandado, el que sí lo ha sido mantiene incólume la presunción de legalidad que ostenta todo pronunciamiento de la autoridad administrativa, puesto que aunque sean actos separados, pero conexos, los vicios que pueda tener uno, no necesariamente serán del otro o de los otros, amén de que siendo la jurisdicción de lo contencioso administrativo eminentemente rogada, no es dable a sus órganos -Consejo de Estado o tribunales- encauzar los *libelos* que se presente ante ella distorsionando el querer de las proposiciones de quien los haya promovido.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4744. DECRETOS DEL GOBIERNO. (Apelación sentencia de 9 de junio de 1989, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca). Actor y recurrente: **GUILLERMO ACOSTA KERQUELEN.**

Decídese el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Primera, hoy Segunda), inhibitoria para resolver en el fondo, que profiriera en el juicio de plena jurisdicción (actualmente de "nulidad y restablecimiento del derecho", art. 85, decreto-ley 01 de 1984; art. 15, decreto-ley 2304 de 1989) seguido por el señor GUILLERMO ACOSTA KERQUELEN contra la NACION (Presidencia de la República Ministerio de Defensa Nacional-).

I.- CUESTIONES PREVIAS

1.1.- Solicitóse en el libelo introductorio de la acción la declaratoria de nulidad del decreto 3036 de 27 de octubre de 1983 por medio del cual el presidente de la República y su ministro de defensa nacional dispusieron separar en forma absoluta del servicio activo de la Policía al hoy demandante, a partir de la expedición del mismo, en atención a que, por haber cometido faltas constitucionales de mala conducta, según sentencia de segunda instancia de fecha 28 de septiembre de 1983 proferida por la Dirección General de la institución, se le sancionó con "separación absoluta del servicio activo", todo de conformidad con lo establecido en el art. 218 del decreto 1835 de 1979 y en concordancia con el art. 102 del decreto 613 de 1977.

1.2.- En la demanda también se impetró que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad, se ordene al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Defensa Nacional, a reintegrar a un cargo de igual o superior categoría al que venía, desempeñando al señor Guillermo Emilio Acosta Kerguelén, "y reconocerle y pagarle todas y cada una de las sumas de dinero, dejadas de percibir, por concepto de Salarios (sic), vacaciones, primas, bonificaciones, cesantías y demás señaladas en la ley. . ." Igualmente pidió que se declare que no habido solución de continuidad en los servicios prestados a la administración

SECCION SEGUNDA

para todos los efectos legales y prestacionales consiguientes, amén de que a la sentencia la que ponga fin a la litis se le dé cumplimiento dentro de los términos de ley.

1.3.- Según se desprende de los autos, el señor ACOSTA ingresó como cadete a la Escuela de Policía General Santander, en Bogotá, el 11 de enero de 1979, habiendo obtenido, al finalizar los cursos del caso, el título de subteniente; posteriormente, el 29 de julio de 1983, "fue capturado por personal del F-2 del Estado Mayor, en la carrera 42 con calle 22" de esta ciudad. Se dio comienzo así a un proceso disciplinario por la Auditoría Auxiliar de Guerra No. 61, "la cual se limitó a oír en descargos al Oficial y cerró la misma el tres de agosto" de ese año, "sin verificar o corroborar el dicho del oficial y menos aún practicar las pruebas conducentes a determinar la investigación de los hechos ocurridos". Esa Auditoría, no obstante esas anomalías, precisó que el señor Acosta "había violado el artículo 125 en sus literales A, J. R, DD y GG". Finalmente, en providencia que fue confirmada por el Director General de la Policía, se le condenó a la "separación en forma absoluta" de ese cuerpo armado por violación de los literales A y DD del art. 125 y del 126 del decreto 1835 de 1979.

1.4.- Estima el demandante que la investigación disciplinaria incurre en graves violaciones del decreto citado, como son: falta de competencia de la DIPEC para investigar los hechos atribuidos a Acosta Kerguelén; sólo se le dio a éste un plazo de veinticuatro horas para rendir descargos, sin darle oportunidad de nombrar un vocero y sin corroborar de ninguna manera lo explicado por el oficial; fue tanta la premura por cumplir tan sólo los requisitos formales, que sin hacer caso del derecho de defensa, se convocó a audiencia, luego de ser conceptuado el fiscal; es más, la valoración de las pruebas también se hizo por "funcionarios absolutamente incompetentes a la luz del art. 185 del decreto 1835 de 1979, pues éste no faculta al jefe de la DIPEC para iniciar y fallar investigaciones por faltas causadas de mala conducta, y, en consecuencia, toda prueba arrojada al proceso es ilegal en todos sus aspectos, máxime cuando el pliego de cargos formula cargos por el literal DD y la condena se produjo con base en literales A y DD del art. 125 y también por el art. 126". De allí que el proceso disciplinario sea nulo con base en el art. 222, literal D de ese mismo decreto. Concluye el demandante que además de esa norma, el proceso disciplinario quebranta los arts. 2, 16, 17, 20 y 26 de la Carta de 1886, -los arts. 66, 64, 85, 86, 124, 127 y 131 del C.C.A. (ley 167 de 1941).

II.- MOTIVACIONES DEL FALLO RECURRIDO

2.1.- Recuerda primeramente la sentencia apelada que el acto que se acusa en el libelo es el contenido en el decreto 3036 de 27 de octubre de 1983, expedido por el presidente de la república y su ministro de defensa, que

atendiendo la solicitud del director de la policía, que confirma el fallo de la Auditoría Auxiliar de Guerra, separa en forma absoluta al actor en razón del proceso disciplinario que se le siguiera.

2.2.- Hace ver a continuación que la apoderada de la entidad demandada “formuló la excepción de inepta demanda”, dado que solamente se impugnó el decreto 3036 de 1983, que es un característico **acto de ejecución**, y no se demandaron los otros actos en que se apoyó, vale decir, los “fallos” de primera y de segunda instancia pronunciados por el Comando del Departamento de Policía Bogotá, y por el Director de la Policía Nacional.

2.3- Pasa entonces el Tribunal *a-quo* a examinar lo planteado por la demandada a la luz del decreto-ley 1835 de 1979, que es el “REGLAMENTO DE DISCIPLINA Y HONOR DE LA POLICIA NACIONAL”, aplicable al caso, y recorre las etapas en que transcurrió el proceso disciplinario concreto, y hace lo propio al tenor de lo preceptuado en el decreto-ley 613 de 15 de marzo de 1977, que organizó la carrera de oficiales y suboficiales del Instituto policial y señala cómo el art. 102 determina: “También será separado en forma absoluta, cuando así lo determine un Tribunal Disciplinario o de Honor.”

2.4.- Como corolario de todo lo anterior, dice que ha de prosperar la excepción de inepta demanda, puesto que es imposible juzgar el acto demandado sin antes no juzgar los actos que le sirven de apoyo, que no lo fueron. Cita lo sentado al respecto por esta Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 13 de septiembre de 1985, puesto que “la voluntad administrativa ejercida a virtud del poder disciplinario de Decreto 1835 de 1979, se encuentra en los actos de primera Instancia y consulta relacionados anteriormente con plena fuerza ejecutoria, cumplida mediante aquélla resolución. Y si lo anterior es así, como evidentemente lo es, la nulidad de la resolución 1097 que se ha solicitado, no conduciría al reintegro del demandante en razón de que quedarían vigentes los actos de primera instancia y de consulta que le impusieron la sanción de retiro de la institución policial.”

III.- SUSTENTACION DEL RECURSO

3.1.- Ataca, pues, la parte demandante el fallo del Tribunal, argumentando que el decreto acusado de nulidad, o sea el dictado por el presidente de la república y el ministro de defensa no forma acto complejo con los fallos disciplinarios de primera y segunda instancia, porque no han intervenido “dos o más órganos de la administración”, porque ello se opondría a “reciente jurisprudencia del Consejo de Estado (Sala Contenciosa Electoral, Exp. 083, auto de octubre 23 de 1986, consejero ponente Dr. Hernán Guillermo Aldana Duque), al tenor de la cual, “...el acto complejo, según la doctrina, consiste en la

SECCION SEGUNDA

manifestación de voluntad unívoca, no equívoca, respecto del objeto sobre el cual debe recaer, que solo alcanza la plenitud de su efecto jurídico y existencia per se con la yuxtaposición o fusión de otra voluntad administrativa, de cuya unión se desprende su *essens*". No puede hablarse entonces de que en el caso *sub-lite* haya un acto complejo, pues hay la expresión de un solo órgano, sin la intervención de ningún otro, "no importando que sea formada (esa voluntad de sancionar una falta disciplinaria) por diversas personas que concurran legalmente para tal fin."

3.2.- Además, el decreto 3036 de 27 de octubre de 1983 es un acto impugnabile por ser definitivo, pues es el acto final y último que define una situación dada entre la administración y la persona afectada, por lo que el único acto demandable era éste y no ningún otro como cree el Tribunal. Por lo tanto, "si lo miramos de otra forma, al demandar solamente el decreto 3036 del 27 de octubre de 1983, sería procedente, por cuando al decretarse la nulidad, la administración tendría cinco (5) años para reproducirlo, y así evitar que el acto ya en firme perdiera su fuerza ejecutoria, por no realizar los actos que corresponden para ejecutarlo, tal como lo determina el art. 66, numeral 3o. del C.C.A."

3.3.- Pide entonces, que se despachen favorablemente sus súplicas por las consideraciones de orden legal y fáctico alegadas, previa revocatoria de la sentencia de primera instancia.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

4.1.- Oportunamente el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado emitió su concepto de fondo así:

"El Decreto demandado, tal como lo expresa la parte motiva, es la aplicación o cumplimiento de la decisión adoptada en fallo de primera instancia (sic) proferida por el Comando de Policía de Bogotá (agosto 5 de 1983), confirmado en segunda instancia por el Director de la Policía Nacional (septiembre 28 de 1983). Motivo por el cual debieron ser demandados en razón de que en el evento de prosperar la nulidad del acto la decisión adoptada en los fallos referidos conservaría su legalidad y reclamaría su cumplimiento.

Así las cosas, nos encontramos frente a una proposición jurídica inescindible que no fue demandada en su integridad. De acuerdo con lo sucintamente expuesto en concepto de esta Agencia Fiscal procede un fallo inhibitorio por ineptitud de la demanda tal como lo declaró el *a-quo*."

PARAR RESOLVER, SE CONSIDERA:

A.- Basta leer la parte motiva del decreto 3036 de 1983, único acto demandado en el *sub-lite* para observa que se trata de un **acto de ejecución**, es decir, de un medio jurídico de que dispone la Administración con la finalidad obvia de poner en práctica una decisión que otro órgano de la misma ha tomado y que carece, porque la ley así lo ha ordenado, de la fuerza necesaria para su cumplimiento directo. Y siendo un verdadero y cabal **acto de ejecución**, por lógica, ha de tener uno o varios actos antecedentes a los cuales ha de dar cumplimiento, de tal manera que sin éstos no puede darse aquél.

Existe, por tanto, una ilación de causa y efecto entre los “fallos” disciplinarios proferidos internamente por la Policía Nacional en contra del oficial que aquí aparece como demandante y el acto, en orden de darles cumplimiento, que expidió el Gobierno Nacional y que se concretó en el único acto cusado, o sea el decreto 3036 del 27 de octubre de 1983.

B.- En principio, toda ejecución del acto administrativo que recarga sobre la persona o sus derechos, emana de ese acto o de diligencias que se desprenden del mismo, como la notificación, la comunicación, la publicación, etcétera, que marcan una *conditio iuris* para su eficacia; es lo que llaman algunos tratadistas “ejecutoriedad” o “coacción” directa. Pero, por señalarlo de esa suerte la ley, hay otros en los que está ausente esa cualidad. a pesar de ser perfectos jurídicamente hablando, a pesar de que no necesitan de otro aditamento para entrar al mundo del derecho y de afectar a determinada persona, necesita de un acto adicional que aplique la medida dispuesta que lleve a cabo la voluntad administrativa contenida en el acto o en los actos que le sirven de sustento.

Ese acto de ejecución es asimismo perfecto jurídicamente hablando y, por lo tanto, en teoría al menos, es atacable en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, independientemente de aquél o de aquéllos que hayan sido sus antecedentes, pero, claro está, por vicios propios de él, no por vicios atribuibles a los últimos. Sería acusable, por ejemplo, un acto de ejecución emitido por funcionario incompetente, o sin motivación o por falsa motivación o saliéndose de los marcos de los actos que pretende ejecutar. Y serían acusabas los actos- causa en ejercicio de la acción, arguyendo la existencia de algunos de los vicios de incompetencia, o de irregularidad, o de desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o de falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los haya proferido.

No se trata, por consiguiente, y en la Sala se atiende al raciocinio que expone el apelante, de actos complejos que sea necesario demandar inescindiblemente bajo una misma cuerda, pero acusando uno u otro, o todos

SECCION SEGUNDA

ellos en conjunto, de acuerdo con los vicios propios de cada uno de ellos; si el actor invoca vicios que endilga a un acto que no ha sido demandado, el que sí lo ha sido mantiene incólume a presunción de legalidad que ostenta todo pronunciamiento de la autoridad administrativa, puesto que aunque sean actos separados, pero conexos, los vicios que pueda tener uno, no necesariamente serán del otro o de los otros, amén de que siendo la jurisdicción de lo contencioso administrativo eminentemente rogada, no es dable a sus órganos -Consejo de Estado o tribunales- encauzar los *libelos* que se presente ante ella distorsionando el querer de las proposiciones de quien los haya promovido.

C.- En el caso *sub-examine* se observa cómo, no obstante que la acción se dirige contra el decreto 3036 de 1983, éste no es el acusado realmente, dado que todo el capítulo titulado "concepto de la violación" (fols. 27, in fine, a 30) es dedicado por el libelista a recalcar cómo el proceso disciplinario seguido contra el demandante se adelantó con quebranto de las normas indicadas en el decreto 1835 de 1979 y, sobre todo, por un órgano en los que estaba ausente la competencias para ello; cómo ese proceso está plagado de vicios de forma; cómo en ese proceso disciplinario se incurrió en desviación de poder y cómo no se obedeció durante él, el debido proceso.

Al acto acusado, por el contrario, no se atribuye ningún extravío. Sería inválido, según piensa el demandante, porque el proceso disciplinario que simplemente ejecuta está plagado de defectos que vulneran la ley o los principios legales y, sin embargo, ese proceso disciplinario, o mejor, los actos administrativos que le dieron remate, no son demandados, siendo imposible a la jurisdicción pronunciarse en algún sentido acerca de ellos.

D.- Entonces, no es que haya aquí ineptitud de la demanda ni, como dice el señor Fiscal, "una proposición jurídica inescindible que no fue demandada en su integridad", impónese, por ende, la revocatoria de la sentencia apelada y, en su lugar, han de denegarse las pretensiones de la demanda, por cuanto el acusado mantiene incólume la presunción de legalidad.

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 junio de 1989 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por el señor Guillermo Acosta Kerguelén a través de

EXP. - 4744

apoderado contra la Nación (Presidente de la República -Ministerio de Defensa Nacional-), y, en su lugar, DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, devuélvase, en su oportunidad, Al Tribunal de su origen. Cúmplase.-

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 10 de junio de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, (ausente); Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria

**CLUB MILITAR / SOCIO ACTIVO / SOCIO EFECTIVO -
Requisitos**

Teniendo en cuenta que el actor era socio activo del Club Militar y fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional, por esa misma circunstancia perdió la calidad de socio activo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3o. del Acuerdo 020A de 1988, estatutos del Club Militar, aprobados mediante Decreto 639 de 1989. Retirado como socio activo del Club Militar, podía solicitar su ingreso a dicho club como "socio efectivo", demostrando el lleno de los requisitos estatutarios, tales como el de tiempo de servicio y el de otorgamiento de su asignación de retiro, entre otros. Como el actor se hallaba incurso en una causal de pérdida del derecho a ser socio activo, se concluye sin dudas que esta fue la razón de su separación del Club, pues el ingreso como socio efectivo no es automático, ya que él debe estar precedido de la solicitud de admisión y de la comprobación de los demás requisitos, conforme lo preceptúa el artículo 13 de los estatutos.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda Santa Fe de Bogotá D.C., diecisiete(17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente No. 5180 Actor: Miguel ANGEL BOHORQUEZ MALAGON. AUTORIDADES NACIONALES

MIGUEL ANGEL BOHORQUEZ MALAGON solicita se declare la nulidad de las Actas Números 317 y 319 del 3 de enero y 7 de marzo de 1990,

proferidas por la Junta Directiva del CLUB MILITAR DE OFICIALES en cuanto por medio de ellas fue separado como Socio Efectivo de dicha entidad.

Expresa el actor que en su calidad de Socio del Club Militar, la Junta Directiva acogió la solicitud que mediante Oficio No. 02999 del 5 de diciembre de 1989 le hiciera el Director General de la Policía Nacional “por la causal de retiro o por no cumplir los requisitos establecidos en el Artículo 4o., literal a) del Estatuto de Socios: “incluyendo en la relación al demandante, por voluntad del gobierno”.”

Agrega el actor que en estas condiciones se le aplicó una sanción grave que solamente procede por comisión de faltas graves cometidas dentro del club y para ello el Director General del Club debió efectuar las investigaciones necesarias y oírlo en descargos para tener un criterio sobre su conducta.

El actor apoya sus solicitudes con base en la violación de la ley y la Constitución Nacional, transcribiendo jurisprudencia de esta Corporación sobre la materia. Aunque el Director General del Club Militar fue notificado de la demanda y dicho funcionario en el acto de notificación dijo conferir poder a un abogado, dicha institución no se presentó al proceso.

En el proceso de traslado para alegar de conclusión las partes no presentaron alegatos de conclusión.

La Fiscal Quinta del Consejo de Estado estima que debe accederse a las súplicas de la demanda, por cuanto el actor desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado. Dijo la Fiscalía lo siguiente:

“... estima la Fiscalía, que estando acreditados los requisitos, no existe razón valedera para negar el derecho pedido, máxime si se tiene en cuenta que no se encuentra incurso en ninguna causal de retiro, pues del extracto de su hoja de vida se advierte que no le figura sanción disciplinaria.”

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1) Los actos acusados están contenidos en las Actas 317 y 319 de 1990, en donde por la primera actuación administrativa y sin motivación en donde se exprese la causal de retiro alegada se retira como socio del Club al actor en los siguientes términos:

“3o. Informe de Socios.

I.

SECCION PRIMERA

II. Separación Socios

1.

2. Policía-Referencia oficio No. 02999 PN-DG-DIPON-PEROF-109 del 5 de diciembre de 1989.

Mayor MIGUEL BOHORQUEZ MALAGON.”

Similar actitud optó el Club Militar al resolver el recurso de reposición en el Acto No. 319, pues dejó de fundamentar la decisión.

2) El oficio No. 02999 del 5 de diciembre de 1989 suscrito por el Director General del Club Militar, fundamenta la decisión con base en que unos socios se retiraron del servicio, y otros no reúnen los requisitos establecidos en el artículo 4o. literal a) del estatuto de socios.

Textualmente dijo el oficio en su parte pertinente:

“ASUNTO: Envío relación de oficiales retirados

Al: Señor Brigadier General (r) Director General Club militar GN.

“(...)”

“2. Esta Dirección conceptúa que no deben continuar siendo socios de ese Centro Social, por la **causal de retiro** o por **no cumplir el requisito establecido en el artículo 4o.**, literal a), del Estatuto de “(...)”

MY. BOHORQUEZ MALAGON MIGUEL Voluntad Gobierno 281189 171118.” (se subraya)

3) Teniendo en cuenta que el actor era socio activo del Club Militar y fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional a partir del 28 de noviembre de 1989, mediante Decreto No. 2683 de 1989, se concluye que igualmente por esa misma circunstancia perdió la calidad de socio activo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Acuerdo 020A de 1988, estatutos del Club Militar, aprobados mediante el Decreto 639 de 1989, y cuyo tenor expresa:

“Artículo 3o. **Socios Activos.** Son activos:

Los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, hasta el término de los tres (3) meses de alta por **retiro del servicio**, cuando se haya reconocido este derecho”. (se subraya)

4) Retirado como socio activo del Club Militar, podía solicitar su ingreso a dicho Club como “socio efectivo”, demostrando el lleno de los requisitos estatutarios, tales como el de tiempo de servicio y el de otorgamiento de su asignación de retiro, entre otros.

5) Como el actor se hallaba incurso en una causal de pérdida del derecho a ser socio activo, se concluye sin dudas que esta fue la razón de su separación del Club, pues el ingreso como socio efectivo no es automático, ya que él debe estar precedido de la solicitud de admisión y de la comprobación, de los demás requisitos, conforme lo preceptúa el artículo 13 de los estatutos. Dice esta disposición lo siguiente:

“Artículo 13. **Facultades de la Junta Directiva.**

Corresponde a la Junta Directiva del Club decidir sobre el ingreso de los socios en cualquiera de las categorías y aplicar las sanciones disciplinarias conforme al presente Estatuto.” (Se subraya)

6) No puede entenderse que fuera retirado como socio efectivo pues, no hay prueba de que el demandante hubiera sido admitido en esta categoría.

7) Sobre el particular esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse mediante sentencias del 24 de febrero de 1989, exp. 2813 ponente Doctor Reynaldo Arciniegas y del 9 de noviembre de 1989, exp. 1340 ponente, Dr. Alvaro Lecompte Luna.

La primera de ellas expresó lo siguiente:

“En el caso *sub-lite* se tiene, y es admitido por el demandante, que fue **retirado del servicio activo**, a partir del 2 de diciembre de 1986 (Hecho No. 1 de la demanda). Luego, conforme a las previsiones del Estatuto en referencia no podía continuar como socio **activo** del Club Militar, previsiones que son las que justamente se toman en cuenta en los actos acusados. Tales actos **no niegan** al actor el ingreso al Club Militar como socio **efectivo**; tomando en consideración la circunstancia de que ya no se encuentra en servicio activo, protocolizan la consecuencia que se deriva

SECCION PRIMERA

de este hecho; la pérdida de la calidad de socio **activo**, que es un fenómeno diferente.

Por lo demás, en el Acta No. 281, que también se enjuicia, no consta cosa diferente de la ratificación o confirmación de la decisión inicial, recurrida en reposición.

En tales condiciones, queda claro que el Club Militar de Oficiales excluyo al demandante como **activo** por la sola circunstancia, prevista en los Estatutos, de haber dejado de ser oficial en servicio activo lo cual ciertamente se ajusta a derecho.

No es del caso, por lo tanto, de acceder a las súplicas de la demanda.”(se subraya)

La Segunda, expresó:

“Está probado en autos que el actor ingresó al ejército el 5 de febrero de 1945 y que su retiro del servicio activo se produjo el 1 de febrero de 1964, previa continuidad de alta por tres meses en la Contaduría Principal del Comando del Ejército y que, por ende, tuvo la calidad de socio activo del Club Militar de Oficiales mientras estuvo en filas.

Asimismo se halla acreditado que le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución No. 225 de 1964 (fls. 29 y 30). De modo que al tenor de las normas que se citan y se comentan en el libelo, tendría derecho a ser admitido como socio efectivo del mencionado Club.

Sin embargo, no se trata de una admisión automática una vez el oficial pase a retiro, que implique para la Junta Directiva de la entidad demandada la expedición forzosa del acto administrativo que reconozca tal derecho. La condición de oficial en uso de buen retiro de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, es requisito indispensable para ser admitido como socio efectivo de dicho establecimiento. Empero, no es el único, en virtud de que las normas otorgan al mencionado organismo la facultad de sopesar otras circunstancias que gravitan en torno a la admisión o inadmisión del socio efectivo; regladamente si, como lo ha expresado la Sala en casos similares al *sub-lite*, vale decir, la Junta Directiva debe indicar los motivos que la llevan a un pronunciamiento administrativo en uno u otro sentido.”

Por consiguiente, como los actos acusados expresan como causal de retiro para los socios activos del Club, la separación del servicio policial y este hecho quedó probado en el proceso y no se comprobó que el actor hubiera

tenido la calidad de socio efectivo, se concluye que la Junta Directiva al separar al actor como socio activo de dicho Club obro conforme a derecho, y por lo tanto no están llamadas a prosperar súplicas de la demanda.

.Sin embargo si el actor reúne los requisitos para ser admitido como socio efectivo, podrá presentar su solicitud ante la autoridad competente.

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 en desacuerdo con el concepto del Ministerio Público,

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda promovida por MIGUEL ANGEL BOHORQUEZ MALAGON contra el Club Militar.

En firme la presente providencia, archívese el expediente.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993)

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, (ausente); Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

Nota de Relatoría : Reitera, además, la jurisprudencia contenida en las sentencias de fechas 24 de febrero de 1989, Exp. 2813, Ponente: DR. REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER y del 9 de noviembre de 1989, Exp. 1340, Ponente: ALVARO LECOMPTE LUNA, sobre la pérdida de la calidad de socio activo.

SUSPENSION PROVISIONAL / PERDIDA DE VIGENCIA DEL ACTO

Al resolver el Ministro de Trabajo y Seguridad Social el recurso de reposición interpuesto por dichos sindicatos contra la citada resolución, a través de la resolución No. 004999 de diciembre 27 de 1988 se reitera en su contenido el soporte jurídico de la medida de la suspensión provisional por vía administrativa de la Personería Jurídica de "SINTRANESTLE" y "SINALTRAINAL" en el decreto legislativo 2201 de octubre 25 de 1988 (folios 17 y 19), que para la fecha en que se dictó la mencionada resolución ya había perdido vigencia jurídica en virtud de su derogatoria expresa mediante el decreto legislativo 2620 de diciembre 20 de ese año (Diario Oficial No. 38621 de la misma fecha). Carecía el referido Ministro del Despacho de competencia para proferir el acto enjuiciado, con fundamento legal en un decreto expedido en virtud del Estado de sitio que ya había desaparecido de la vida jurídica, como lo anota la parte actora en el escrito demandatorio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciocho (18) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4117. Resoluciones Ministeriales. Actor: SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DE ALIMENTOS "SINALTRAINAL" Y SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE NESTLE DE COLOMBIA S.A "SINTRANESTLE".

A través de común apoderado judicial y por conducto de sus representantes legales respectivos debidamente autorizados, el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria de Alimentos -“SINALTRAINAL”- y el Sindicato Nacional de Trabajadores de Nestlé de Colombia S.A. -“SINTRANESTLE”-, presentaron demanda en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho (art. 85 C. C.A. contra las resoluciones Nros. 4519 de 23 de noviembre de 1988 y 4999 del 27 de diciembre del mismo año, expedidas ambas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, oportunamente.

Habiéndose situado la instancia en el momento de dictación de sentencia, corresponde a la Sala decidir lo que fuere del caso, al no observar existencia de vicio que incida en la actuación.

I.- DEL PETITUM

Según se lee en el *libelo*, pretende la parte demandante que se declaren nulas las citadas resoluciones, dictadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, como ya se dijo, mediante las cuales a los referidos sindicatos se les suspendió la personería jurídica, primero por un año a través de la resolución 4519 de 1988 y luego, por seis meses, en virtud de la revocatoria de este acto administrativo por la resolución 4999 de 1988, como consecuencia de haber sido interpuesto contra aquella resolución el correspondiente recurso de reposición. Impétrase además que, como efecto de ello, “A título de restablecimiento del derecho, se declare que los Sindicatos demandantes no tuvieron suspendidas sus Personerías Jurídicas y por lo tanto, las facultades y funciones sindicales que hubieren ejercido durante el término transcurrido entre la ejecutoria de las resoluciones impugnadas y el cumplimiento de los seis (6) meses de la pretendida suspensión, son válidos” e “Igualmente solicito se comunique inmediatamente al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para que realice las anotaciones del caso en el archivo sindical y libre las comunicaciones respectivas, fundamentalmente a las instituciones financieras en donde fueron congelados los fondos Sindicales” (fls. 23 y 24 cdno. ppal).

Asimismo, en la demanda se pidió la suspensión provisional de las resoluciones impugnadas (fls. 29 a 32 *ibídem*), por cuanto éstas son manifiestamente violatorias de normas superiores, como la Ley 26 de 1976 (art. 4), Ley 11 de 1984 (art. 17), Ley 153 de 1887 (art. 3), Código Sustantivo del Trabajo (arts. 20 y 21) y artículo 26 de la Constitución Política.

La solicitud de suspensión provisional de los actos enjuiciados fué acogida mediante auto de marzo 1 de 1989, por las razones que aparecen expuestas en folios 36 a 39 del cdno. ppal.

SECCION SEGUNDA

II- DE LOS HECHOS FUNDAMENTALES DE LA ACCION

Sobre este aspecto, la parte actora manifiesta lo siguiente:

1.- EL SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DE ALIMENTOS "SINALTRAINAL", es una organización de industria y de primer grado cuya Personería Jurídica le fue reconocida mediante Resolución No. 4185 del 9 de Diciembre de 1982, siendo su actual Presidente, el señor LUIS EDUARDO YARURO ALVEAR, según auto del 26 de julio de 1988 expedido por la Inspectora 5a. de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca.

2.- EL SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE NESTLE DE COLOMBIA S.A. "SINTRANESTLE", es una organización de primer grado y de base con Personería Jurídica reconocida mediante Resolución No. 01012 del 22 de Julio de 1961, siendo su actual Presidente, el señor NESTOR JOSE TOUS MEZA, según auto del 28 de Junio de 1988 expedido por la Inspectora Nacional de Trabajo, Doctora GLORIA MARINA DORADO, de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Valle del Cauca.

3.- Las referidas organizaciones agrupan a la mayoría de trabajadores de la empresa NESTLE DE COLOMBIA S.A., al igual que SINALTRAINAL, agrupa un representativo número de trabajadores de la Industria de los Alimentos a nivel nacional.

4.- El Gobierno Nacional decretó el Estado de Sitio en todo el territorio nacional mediante Decreto No. 1038 de 1984.

5.- Para conjurar la realización de un paro nacional, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 2201 del 25 de octubre de 1988. Dicho paro fue convocado por varias centrales obreras para el 27 de octubre de 1988.

6.- El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social mediante Resolución No. 004519 del 23 de noviembre de 1988, suspendió por el término de (1) año, las Personerías Jurídicas de los Sindicatos demandantes, con el argumento de haber promovido un cese de actividades de carácter laboral en las instalaciones de la empresa NESTLE DE COLOMBIA S.A. de la ciudad de Bugalagrande del Departamento del Valle del Cauca.

7.- Contra esta Resolución, las referidas organizaciones sindicales, interpusieron el recurso de Reposición, alegando violación de los Convenios Internacionales 87 y 98 de la O.I.T adoptados por la leyes 26 y 27 de 1976, violación del derecho de defensa y demás garantías establecidas en el artículo 26 de la Constitución Nacional y del artículo 14 del Código Contencioso Administrativo al no citar a los Sindicatos para que se constituyeran en parte e hicieran valer sus derechos, generalización de un suceso local, falsa motivación Por cuanto ninguna de las pruebas esgrimidas por el Ministerio de Trabajo eran ciertas o reunían los requisitos exigidos por la ley para tenerlas como tales y demostrando las consideraciones de la O.I.T. sobre la suspensión de personerías realizadas en el año de 1985 con motivo de similar proceder del Gobierno Nacional al expedir el Decreto 1658 de ese año.

8.- El Gobierno Nacional mediante Decreto 2620 de 20 de diciembre de 1988 derogó los Decretos 2200 y 2201 de 1988, el cual rigió desde la misma fecha por haber sido publicado el mismo día de su expedición en el Diario Oficial No. 38621.

9.- Pese a la derogatoria de esos Decretos, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social mediante Resolución No. 004999 del 27 de diciembre de 1988 desató el recurso de reposición interpuesto, reponiendo parcialmente la Resolución 4519 del 23 de noviembre de 1988, al suspender por el término de seis (6) meses calendario a partir de la ejecutoria de esa Resolución, las Personerías Jurídicas de los Sindicatos demandantes". (fls. 22 y 23 *ibidem*).

Relaciona como violados los artículos 20, 26, 44, 76 ordinal 18 de la Constitución; artículo 5 de la Ley 57 de 1887; artículos 3 y 14 de la Ley 153 del mismo año; artículos 71 y 640 del Código Civil; artículo 1 de la Ley 26 de 1976; artículos 26 y 27 de la Ley 32 de 1985; artículos 14, 28, 34 y 35 del C.C.A.; artículos 258, 268 y 269 del Código de Procedimiento Civil; artículos 20, 21 y 380 del Código Sustantivo del Trabajo y artículo 17 de la Ley 11 de 1984 (fl. 24 *ibidem*).

El concepto de la violación aparece expuesto a folios 24 a 29 del cuaderno principal.

III.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Emitido por el Doctor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado el 7 de marzo de 1990, dice a la letra:

SECCION SEGUNDA

“Resulta clarísimo que las súplicas de la demanda están llamadas a prosperar. Así lo consideró la H. Sección Segunda al detectar, mediante estudio consignado en auto de suspensión provisional visible a folios 36 y S.S. la ostensible violación de la ley alegada y bien sustentada por la actora.

A los términos de la providencia en comento se remite esta Agencia Fiscal para solicitar, como en efecto solicita, sentencia que declare la nulidad de las resoluciones acusadas”. (fl. 54 *ibidem*).

SE CONSIDERA:

Para decretar la medida de la “Suspensión Provisional” de que trata el artículo 152 del C.C.A., respecto de las resoluciones impugnadas en el presente proceso, el auto de marzo 1 de 1989 tuvo en cuenta las siguientes consideraciones:

“C) La medida de la “suspensión provisional” de los efectos de un acto administrativo que señala el art. 152 del C.C.A., tiene aplicación cuando haya una manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir con una sencilla comparación o se derive del examen de las pruebas aportadas; que si la acción ejercitada es distinta de la nulidad, debe aparecer, aunque sea sumariamente, el perjuicio que sufre o podría sufrir el actor; que se solicite y sustente expresamente en, la demanda o en escrito separado antes de dictarse el auto admisorio de aquélla.

Ahora bien, en el caso *sub-lite* obsérvase que es palmar que cuando fue expedida la resolución No. 4999 de 27 de diciembre de 1988, que decidió “reponer para reformar la Resolución No. 4519 de 23 de noviembre de 1988, emanada de este Despacho, por la cual se imponen unas sanciones, para, a continuación suspender por el término de seis (6) meses calendario, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, la personaría jurídica” de los sindicatos aquí actores, ya estaba en vigencia plena el decreto (legislativo) No. 2620 del 20 de diciembre de 1988 (Diario Oficial No. 38.621 de la misma fecha) que derogó los decretos 2200 y 2201 de 1988, siendo este último uno de los que sirvieron de apoyo al Ministerio para sancionar, en la forma en que lo hizo, a los mencionados sindicatos. Entonces, habiendo desaparecido de la vida jurídica la facultad extraordinaria del Ministro para suspender la personaría de los sindicatos, quebrantó ostensiblemente la ley 26 de 1976, aprobatorio del Convenio Internacional No. 87 de la O.I.T., art. 4o., que a la letra dice: “Las organizaciones de los trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.”

Dado, por ende, que el precedente y somero examen permite concluir que hubo violación de norma superior, que el perjuicio ocasionado por la suspensión *pro-tém-pore* de la personaría es notorio; que se ha solicitado y sustentado expresamente, y que la medida no está prohibida por la ley,

SE RESUELVE:

Suspéndese provisionalmente los efectos de las resoluciones 4519 de 23 de noviembre de 1988 y 4999 de 27 de diciembre de 1988, dictadas por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, referentes a las personerías jurídicas del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria de Alimentos -“Sinaltrainal”- y del Sindicato Nacional de Trabajadores de Nestlé de Colombia S.A. -“Sintranestlé”-.”(fls. 38 y 39 *ibídem*).

Comparte la Sala los fundamentos jurídicos planteados en el citado auto para decretar la suspensión provisional de los actos administrativos acusados en el caso *sub-judice* y, por ende, suficientes para que se proceda, por la Corporación, a declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas, como lo sostiene la Agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo de marzo 7 de 1990.

En efecto, observa la Corporación que en la parte considerativa de la resolución No. 004519 de noviembre 23 de 1988 proferida por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, la base jurídica para suspender por el término de un año las personerías jurídicas de “SINTRANESTLE” y “SINALTRAINAL” fue el decreto No. 2201 de 1988 expedido en desarrollo del decreto 1038 de 1984, mediante el cual se dictaron medidas encaminadas a preservar el orden público, y como consecuencia de que las comentadas organizaciones sindicales promovieron un cese de actividades de carácter laboral en las instalaciones de la empresa Nestlé de Colombia S.A. en Bugalagrande del Departamento del Valle del Cauca, de conformidad con Acta de octubre 27 de 1988 suscrita por el funcionario de trabajo respectivo (folio 12 *ibídem*).

Luego, al resolver el Ministro de Trabajo y Seguridad Social el recurso de reposición interpuesto por dichos sindicatos contra la citada resolución, a través de la resolución No. 004999 de diciembre 27 de 1988 se reitera en su contenido el soporte jurídico de la medida de la suspensión provisional por vía administrativa de la Personería Jurídica de “SINTRANESTLE” y “SINALTRAINAL” en el decreto Legislativo 2201 de octubre 25 de 1988 (folios 17 y 19), que para la fecha en que se dictó la mencionada resolución ya había perdido vigencia jurídica en virtud de su derogatoria expresa mediante

SECCION SEGUNDA

el decreto legislativo 2620 de diciembre 20 de ese año (Diario Oficial No. 38621 de la misma fecha).

Por consiguiente, carecía el referido Ministro del Despacho de competencia para proferir el acto enjuiciado, con fundamento legal en un decreto expedido en virtud del Estado de sitio que ya había desaparecido de la vida jurídica, como lo anota la parte actora en el escrito demandatorio 2 (folio 24 *ibidem*).

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.- Son nulas las resoluciones Nrs. 4519 de noviembre 23 de 1988 y 4999 de diciembre 27 del mismo año, expedidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, referentes a la suspensión de las personerías jurídicas del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria de Alimentos - "SINALTRAINAL"- y del Sindicato Nacional de Trabajadores de Nestlé de Colombia S.A. -"SINTRANESTLE"-.

2o.- En consecuencia, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social procederá a cancelar las anotaciones administrativas que hubiere efectuado en los correspondientes registros que existan en dicha entidad, relacionadas con el cumplimiento de las resoluciones que se declaran nulas, en lo atinente a la suspensión de las personerías jurídicas de las citadas organizaciones sindicales.

Cópiese, Notifíquese y Archívese el expediente. - Cúmplase.-

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, (ausente); Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Causales /
DOCUMENTO FALSO - Inexistencia / SENTENCIA DE
INEXEQUIBILIDAD**

La circunstancia de que en fecha cercana a la de la expedición de la sentencia, el Tribunal Administrativo se declarará inexecutable por la Corte Suprema de Justicia el artículo 85 de la ley 32 de 1986 "Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia", no puede significar en estricto sentido jurídico que el fallo del *a-quo* al tener en cuenta en este asunto la comentada norma se fundamentó en documento falso o adulterado para adoptar su decisión; es decir, en otros términos, una cosa es que en el caso sub-judice se haya dado aplicación indebida por el Tribunal a una disposición legal que dejó de existir en la vida jurídica, por haberse declarado inexecutable, y otra muy distinta de que pueda afirmarse que por dicha circunstancia el fallo del *a-quo* se apoyó en documento falso, cuya declaratoria de falsedad debe encontrarse acreditada dentro del proceso y que haya tenido un papel decisivo en la sentencia cuya revisión se solicita.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Causales /
PRUEBA RECOBRADA-Inexistencia**

Es viable hablar de prueba recobrada cuando ésta inicialmente se encuentra extraviada o refundida y luego se recupera y, por ello, el demandante no estuvo en condiciones de aportarla al proceso. El verbo "recobrar" implica que se hubiere perdido algo, que más tarde se recupera. Así las cosas, es indispensable para la prosperidad del recurso, entre otros requisitos, al invocarse esta causal, que el recurrente hubiere estado durante todo el proceso en imposibilidad de aportar la prueba respectiva por fuerza mayor

SECCION SEGUNDA

o caso fortuito o por obra de la parte contraria, lo que no se presenta en el caso *sub-lite* con la declaratoria de inexecutable del artículo 85 de la ley 32 de 1986 hecha por la Corte Suprema de Justicia el 26 de junio de 1990, poco tiempo antes de dictarse la sentencia del tribunal cuya revisión aquí se solicita.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá, D.C., junio dieciocho (18) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente 5604. **RECURSO DE REVISION. Actor: MUNICIPIO DE FLORENCIA.**

Conoce la Sala del recurso extraordinario de revisión interpuesto por el apoderado del Municipio de Florencia contra la sentencia de 23 de agosto de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá.

DEMANDA DE INSTANCIA:

En el *libelo* que originó la sentencia impugnada, el demandante, solicitó que se declare que operó el silencio administrativo negativo respecto de la petición hecha al Municipio de Florencia el 27 de julio de 1987 para el reconocimiento y pago oportuno de la prima extracarcelaria ordenada por el Gobierno Nacional mediante el artículo 85 de la ley 32 de 1986 y el decreto 259 de 1938, en favor del personal de custodia y vigilancia de los establecimientos de reclusión dependientes de la Dirección General de Prisiones en donde se reciban personas detenidas a órdenes del municipio o departamento; la nulidad de los actos administrativos correspondientes implícitos en los silencios administrativos de carácter negativo producidos; condenar al referido municipio a pagar en favor del actor dicha prima equivalente al 20% sobre el sueldo mensual que devengan como guardián nacional de la Cárcel Judicial del Circuito de Florencia a partir del 7 de mayo de 1983 hasta el 31 de diciembre de 1987 inclusive, en la forma indicada en la demanda; asimismo al pago de los intereses comerciales durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término sobre las sumas respectivas, de conformidad con lo estatuido sobre la materia en el Código Contencioso Administrativo (folios 1 y 2 cdno. No. 2)

LA SENTENCIA IMPUGNADA:

El Tribunal de instancia en el fallo objeto del recurso extraordinario de revisión declaró no probada la excepción de fondo propuesta por la parte demandada de "pago de lo no debido" y condenó al Municipio de Florencia a pagar a favor del señor José Miller Barrera Muñoz el valor de la prima extracarcelaria equivalente al 20% sobre la asignación mensual que devenga como guardián nacional de la Cárcel Judicial del Circuito de Florencia a partir del 28 de julio de 1984 hasta el 27 de julio de 1987 inclusive y al pago de los intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria y moratorios después de este término sobre las sumas correspondientes, acorde con el artículo 176 del C.C.A. (folio 98 cdno. No. 2).

EL RECURSO:

El recurso de revisión que fuera admitido mediante auto de 27 de Mayo de 1991 (folio 39 cdno. ppal.) se apoya en las causales primera y segunda del artículo 188 del C.C.A., y para demostrarlas se afirma que la sentencia recurrida fué dictada con base en un documento falso, pues el texto del artículo 85 de la ley 132 de 1986 fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, dejándolo sin efecto jurídico alguno; que la sentencia del *a-quo* oculta la declaratoria de inexecutable comentada, por lo que se ocasiona la invalidez de dicha providencia; que en relación con la causal 2o. de revisión invocada se ha recuperado copia de la mencionada sentencia del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, razón por la cual se ha recobrado una pieza decisiva con la cual el Tribunal del conocimiento habría pronunciado una decisión diferente; que la referida copia de aquella providencia varía en todo el sentido del fallo del *a-quo* impugnado (folios 30 a 34 cdno. ppal.)

El señor José Miller Barrera Muñoz, mediante apoderado, se opone a la prosperidad del recurso extraordinario de revisión interpuesto, por las razones que plantea en escrito que obra a folios 48 a 52 *ibídem*, manifestando que la sentencia impugnada del tribunal no fue proferida con fundamento en documentos falsos o adulterados; que la decisión se basó en el artículo 28 del decreto 259 de 1938 en armonía con el artículo 85 de la ley 32 de 1986; que la circunstancia de que la Corte Suprema de Justicia hubiere declarado inexecutable este último artículo citado no implica que su aplicabilidad se tenga como una falsedad; que así las cosas la norma sería inexistente porque ha perdido vida jurídica, pero no es viable alegar falsedad o utilización de documento falso en el caso *sub-lite*; que por consiguiente no encaja las apreciaciones formuladas en el escrito del recurso de revisión dentro del numeral 1o. del artículo 188 del C.C.A.; que además en este asunto la sentencia del *a-quo* tuvo como soporte jurídico el decreto 259 de 1938 que mantiene plena vigencia; que el artículo 85 de la ley 32

SECCION SEGUNDA

de 1986 recogió el contenido del artículo 28 de ese decreto; que la causal segunda de revisión invocada tendría relevancia jurídica si el fallo del tribunal se hubiera edificado única y exclusivamente sobre el artículo 85 de dicha ley; que de manera negligente el fallo del *a-quo* no fue recurrido dentro del término legal por el Municipio de Florencia; que la sentencia de inexecuibilidad de la disposición tantas veces citada en ningún momento fue ocultada por la Corte Suprema de Justicia para que no la conociera la ciudadanía o que ella se hubiera ocultado con propósito doloso; que el Municipio de Florencia incurre en grave equivocación en los fundamentos sobre los cuales soporta el recurso de revisión; que con su conducta únicamente está haciendo más gravosa su obligación.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Como lo ha sostenido la Corporación en numerosas oportunidades, el recurso de revisión, medio de impugnación extraordinario y excepcional, permite invalidar una sentencia que producía plenos efectos jurídicos, constituyéndose así en una limitante, por razones de justicia, de la inmutabilidad de la sentencia, es decir, de la cosa juzgada.

En efecto, la estabilidad o inmutabilidad de ésta, cede ante un valor de mayor rango como es la justicia. De suerte que se sacrifica la fuerza de la cosa juzgada, en aras de evitar un daño ocasionado por un fallo intolerablemente injusto.

Dada su naturaleza excepcional, el recurso de revisión tiene características muy especiales y sólo procede cuando se da alguna de las causales previstas en la ley, cuyo alcance es eminentemente restrictivo.

Ahora bien, como ya se dijo, el escrito contentivo del recurso se fundamenta en las causales primera y segunda del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, según las cuales, respectivamente, resulta procedente la revisión de una sentencia por haberse dictado ésta con base en documentos falsos o adulterados y en el evento de que se recobren pruebas decisivas, luego de proferirse el fallo, con las cuales se hubiere podido adoptar una decisión diferente, que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

La circunstancia en el caso *sub-lite* de que en fecha cercana a la de la expedición de la sentencia de 23 de agosto de 1990 por el Tribunal Administrativo del Caquetá se declarará inexecutable por la Corte Suprema de Justicia el artículo 85 de la ley 32 de 1986 "Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia", no puede significar en estricto sentido jurídico que el fallo del *a-quo* al tener en cuenta en este asunto la comentada norma se

fundamentó en documento falso o adulterado para adoptar su decisión; es decir, en otros términos, una cosa es que en el caso *sub-judice* se haya dado aplicación indebida por el Tribunal a una disposición legal que dejó de existir en la vida jurídica, por haberse declarado inexecutable, y otra muy distinta de que pueda afirmarse que por dicha circunstancia el fallo del *a-quo* se apoyó en documento falso, cuya declaratoria de falsedad debe encontrarse acreditada dentro del proceso y que haya tenido un papel decisivo en la sentencia cuya revisión se solicita.

En cuanto a la causal segunda de revisión invocada, es viable hablar de prueba recobrada cuando ésta inicialmente se encuentra extraviada o refundida y luego se recupera y, por ello, el demandante no estuvo en condiciones de aportarla al proceso. El verbo "recobrar" implica que se hubiere perdido algo, que más tarde se recupera. Así las cosas, es indispensable para la prosperidad del recurso, entre otros requisitos, al invocarse esta causal, que el recurrente hubiere estado durante todo el proceso en imposibilidad de aportar la prueba respectiva por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria, lo que no se presenta en el caso *sub-lite* con la declaratoria de inexecutable del artículo 85 de la ley 32 de 1986 hecha por la Corte Suprema de Justicia el 26 de junio de 1990, poco tiempo antes de dictarse la sentencia del tribunal cuya revisión aquí se solicita.

De otra parte, no es dable además aludir en este asunto a que se recobró una prueba decisiva, con la cual el tribunal al tenerla en cuenta habría adoptado una decisión diferente, puesto que como puede verse en la parte considerativa de la sentencia, el *a-quo* fundamentó su fallo no solo en lo estatuido en el artículo 85 de la ley 32 de 1986 sino también en lo dispuesto en el decreto 259 de 1938.

Es menester, pues, que a la luz de lo prescrito en la causal segunda contemplada en el artículo 188 del C.C.A, no solo la prueba tenga la condición de recobrada para producir un fallo distinto, sino también que ella sea decisiva para este efecto.

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,

SECCION SEGUNDA

FALLA:

No prospera el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el Municipio de Florencia contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Caquetá el 23 de agosto de 1990.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día tres (3) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Joaquín Barreto Ruíz, (ausente); Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

DESVIACION DE PODER

Esta situación se presenta cuando “el agente administrativo realiza un acto que cabe dentro de sus atribuciones; observa todas las formalidades prescritas por la ley; el acto se ajusta en sus términos a normas superiores; pero al proferirlo, se han tenido en miras motivos distintos de aquéllos para los cuales se confirió el poder. Las atribuciones o poderes otorgados por la ley a los funcionarios o corporaciones públicas deben siempre ejercerse en busca del interés general, del “buen servicio público”; el poder ejercido con fines diferentes es un poder torcido o desviado de sus propios fines”. Además, quien la invoque, debe probar en forma clara e indubitable su existencia; de las pruebas aportadas debe surgir con certeza que las razones que tuvo la administración al expedir el acto enjuiciado fueron diferentes a los fines del buen servicio.

INSUBSISTENCIA / DIRECTIVA PRESIDENCIAL

Respecto de la prohibición de remover empleados establecida en la circular No. 017 de agosto 9 de 1990, conforme a la jurisprudencia de la Sala esas “Directivas Presidenciales”, por ser de inferior categoría, no derogan ni suspenden la facultad de nombrar y remover empleados consagrada en las normas legales. De tal suerte, que no habiéndose demostrado que el acto hubiera sido proferido con fines distintos a los del buen servicio público, permanece incólume en su presunción de legalidad, debiéndose, en tal virtud, denegar las pretensiones de la demanda.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993)

SECCION SEGUNDA

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 6575, Autoridades Departamentales.

Actor: LUCILA DEL SOCORRO RODRIGUEZ M.

Se decide acerca de la consulta ordenada por el Tribunal Administrativo del Caquetá respecto a su sentencia de 3 de febrero de 1992, que dictara para resolver en primera instancia el juicio que tuvo origen en la demanda que incoó, por conducto de apoderado, la señora Lucila del Socorro Rodríguez Muñoz contra la aludida entidad territorial, tendiente a obtener la nulidad del Decreto número 328 de 10 de septiembre de 1990 expedido por el señor Gobernador de dicho departamento, por el cual se declaró insubsistente el nombramiento de la actora en el cargo de asesor jurídico del Departamento (fol. 12).

Como restablecimiento del derecho, la demandante solicita ser reintegrada al cargo que venía desempeñando o a otro de igual categoría y el pago de los sueldos y demás prestaciones dejadas de percibir con su despido injusto y hasta el día en que se produzca su reintegro.

La providencia objeto de la consulta declara, en primer lugar, no probadas las excepciones propuestas por el demandado. Seguidamente, declara la nulidad del acto mencionado y, como consecuencia de ello, el reintegro de la actora al mismo cargo por ella desempeñado o a otro de igual categoría y a reconocerle y pagarle todos los emolumentos salariales que constituyan remuneración del servicio desde cuando fue desvinculado del cargo hasta cuando se produzca su reintegro; lo cual ha de cumplirse conforme a lo que estipulan los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

La providencia consultada accedió a las pretensiones de la demanda estimándose que “con fundamento en el *petitum*, la causa *petendi*, las pruebas allegadas al proceso y lo esgrimido por los demandados, se tiene que ciertamente se incurrió, por parte de la administración, en un típico exceso y desviación de poder por parte del Gobernador al expedir el acto impugnado, por lo que da lugar a declarar la nulidad del mismo, restableciendo el derecho peticionado por la actora”.

Cumplidas las etapas propias del grado de consulta y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a resolver, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Se tiene entonces que, el acto administrativo es impugnado por la parte actora con el argumento de haber sido proferido con violación de normas constitucionales y legales; contraviniendo una directiva presidencial que prohibía, para esa época, la remoción de funcionarios públicos, y que se halla viciado por desviación o abuso de poder, porque pese a que el Gobernador tiene la facultad de remover libremente a los funcionarios y empleados del Departamento; mientras no estén amparados por fuero de relativa estabilidad, en el caso concreto que se examina, actuó en forma arbitraria al tomar su decisión respecto de alguien que había prestado sus servicios con eficiencia, honestidad y diligencia, que jamás tuvo un llamado de atención por parte de los gobernadores. que precedieron al doctor Ernesto Gómez Charry y que, por el contrario, fue objeto de felicitaciones por sobresalir en el ejercicio de sus funciones. Además, dice la actora, se nombró en su reemplazo a una persona que no reunía los requisitos exigidos para el cargo. Hubo pues, concluye, violación de las normas legales y constitucionales, extralimitación de las funciones públicas y exceso y desviación de poder.

Respecto de la desviación de poder alegada como causal de anulación del acto administrativo acusado, en innumeradas jurisprudencias esta Sala ha dicho que esta situación se presenta cuando “el agente administrativo realiza un acto que cabe dentro de sus atribuciones; observa todas las formalidades prescritas por la ley; el acto se ajusta en sus términos a normas superiores; pero al proferirlo, se han tenido en miras motivos distintos de aquéllos para los cuales se confirió el poder. Las atribuciones o poderes otorgados por la ley a los funcionarios o corporaciones públicas deben siempre ejercerse en busca del interés general, del “buen servicio público”; el poder ejercido con fines diferentes es un poder torcido o desviado de sus propios fines”. Además, quien la invoque, debe probar en forma clara e indubitable su existencia; de las pruebas aportadas debe surgir con certeza que las razones que tuvo la administración al expedir el acto enjuiciado fueron diferentes a los fines del buen servicio.

Ahora bien, de los testimonios recepcionados, que si bien son acordes en afirmar que la actora era una funcionaria excelente, cumplidora de sus deberes, no aportan prueba alguna tendiente a demostrar que el acto obedeciera a fines diferentes al ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción que tiene el ente nominador. De suerte que por este aspecto no puede considerarse que hubiera, en el caso *sub-judice*, la desviación de poder que se le endilga al decreto acusado, dado que el cabal cumplimiento de sus funciones por parte del empleado, en manera alguna enerva la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción de que goza la administración.

SECCION SEGUNDA

En lo relacionado con la falta de calidades del reemplazo del actor, debe observarse que éste sí cumplía con los requisitos exigidos para el desempeño del cargo, tal como aparece en su hoja de vida (fol. 111); además, y en gracia de discusión, cabe anotar que de acuerdo a reiterado criterio de la Sala, esa circunstancia no incide en la legalidad del acto de tal naturaleza, pues la irregularidad de que pudiera estar afectado el nombramiento no se transmite al acto de desinvestidura, por tratarse de actos jurídicos diferentes.

Respecto de la prohibición de remover empleados establecida en la circular No. 017 de agosto 9 de 1990, conforme a la jurisprudencia de la Sala esas "Directivas Presidenciales", por ser de inferior categoría, no derogan ni suspenden la facultad de nombrar y remover empleados consagrada en las normas legales.

De tal suerte, que no habiéndose demostrado que el acto hubiera sido proferido con fines distintos a los del buen servicio público, permanece incólume en su presunción de legalidad, debiéndose, en tal virtud, denegar 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:

Revócase la sentencia de 3 de febrero de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá; en su lugar denieganse las pretensiones de la demanda incoada por la señora Lucila del Socorro Rodríguez Muñoz.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al lugar de su origen, cúmplase

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 3 de junio de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, (salva voto), Joaquín Barreto Ruíz, (ausente), Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnívar Ramos, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA A LA SENTENCIA PROFERIDA EL 18 DE JUNIO DE 1993 EN EL PROCESO NO. 6575 AUTORIDADES DEPARTAMENTALES. - ACTORA: LUCILA DEL SOCORRO RODRÍGUEZ MUÑOZ.-

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993)

Con el respeto acostumbrado por la decisión mayoritaria de la Sala, me permito precisar las razones que me llevaron a disentir de la misma, así:

1. En el expediente obran varias probanzas que demuestran la desviación de poder que la demanda le atribuyó al acto enjuiciado, a saber (entre otras):

a. La declaración de la señora Consuelo Valderrama Manchola (Fls. 155-158);

b. La declaración de José Adriano Pérez Perdomo (Fls. 253-256).

2. El testimonio de la señora Valderrama Manchola, quien ocupaba un cargo que puede reputarse como de confianza del nominador el Gobernador del Departamento, fue claro y explícito en reconocer que le exigió la renuncia de su empleo a la demandante, por encargo de aquél, a lo cual la actora se negó.

3. El testimonio del señor Pérez Perdomo fue igualmente enfático en afirmar que la remoción de aquélla se produjo por razones o móviles políticos.

4. Otros testimonios que reposan en el expediente insinúan a muestran esas mismas conclusiones.

SECCION SEGUNDA

5. Estas circunstancias fueron cuidadosamente estudiadas en el concepto fiscal ante el *a-quo* (Fls. 358-365), lo que llevó al Ministerio Público a recomendar la prosperidad de las pretensiones.

6. El Tribunal acogió esos planteamientos en su fallo y accedió a las pretensiones fundamentales de la demanda.

7. Esta misma Sala dijo en el proceso radicado bajo el No. 5526 - Sentencia del 4 de mayo de 1993; Actor: Carlos Arturo Restrepo Arango, lo siguiente sobre la prueba indiciaria:

“Es sabido que “La desviación de poder es evidentemente más difícil de probar que los otros vicios del acto administrativo, puesto que se trata de establecer la intención psicológica de su autor.” (Georges Vedel, Derecho Administrativo, edición española, 1980, Aguilar, Madrid, pág. 512). (Se subraya).

Por ello, se ha sostenido que normalmente la prueba de su ocurrencia debe desprenderse del expediente. Y por eso mismo, se afirma que:

“Como la prueba de la desviación de poder se puede encontrar rara vez de manera directa, por confesión del autor del acto o por las confidencias que haga sobre sus intenciones, muy frecuentemente el juez administrativo se ve forzado a admitir una prueba indirecta.” (Consejo de Estado Francés, 2 de febrero de 1957, Castaing, Rec., pág. 78; citado por Vedel, ob. y pág. citadas).

Y entre las pruebas indirectas, una de las que se presenta con mayor asiduidad es la del indicio, definido entre otros como “Objeto material o circunstancia de hecho que permite formular una conjetura y sirve de punto de partida para una prueba.” (E. J. Couture, Vocabulario Jurídico, Depalma, 1976, pág. 332).

Ahora bien; si el indicio aparece corroborado por otra clase de pruebas, por ejemplo, testimonios, es indudable que puede conducir a la certeza sobre el hecho que se quiere demostrar.”

Y más adelante:

“Francois Gorphe dice en su obra “La apreciación judicial de las pruebas” (pág. 349), que:

“Por eso, la prueba indiciaria es perfecta cuando los indicios señalan necesariamente el hecho como causa de cuanto se ha manifestado.”

Y luego añade:

“..los indicios resultan difíciles de interpretar sin la ayuda de los testigos; y los testimonios son casi imposibles de apreciar sin utilizar algunos indicios de credibilidad..” (Ob. cit., pág. 359).

Estos razonamientos, que son aplicables en su integridad al presente asunto, me llevan a la certeza de que la sentencia del Tribunal Administrativo del Caquetá se ajustó a derecho cuando accedió en lo sustancial a los pedimentos de la actora; y por ende, a considerar que su revocatoria implica un desconocimiento de la prueba indiciaria antes señalada, que en mi sentir demuestra fehacientemente que la remoción de la doctora Lucila del Socorro Rodríguez Muñoz no tuvo como finalidad el mejoramiento del servicio público y por ello mismo se produjo con desviación o abuso de poder.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

**SUSTITUCION PENSIONAL - Beneficiario / COMPAÑERO
PERMANENTE / CONVIVENCIA MARITAL - Período /
POTESTAD REGLAMENTARIA**

Como lo ha sostenido repetidamente la jurisprudencia del Consejo de Estado, la potestad reglamentaria se ejerce para hacer posible la cumplida ejecución de la ley. Por tanto, la necesidad de reglamento y su contenido, dependen de la mayor o menor claridad de la ley, sin llegar jamás a contrariarla. En caso de que la ley presente vacíos que la hagan inaplicable o conduzcan a interpretaciones extrañas a su finalidad, resulta indispensable el reglamento. Las leyes vigentes le han otorgado derechos pero no han definido qué se entiende por compañero(a) permanente. Es sin embargo de sentido común, que se requiera la permanencia de la convivencia marital porque de ella habla la ley. Como no señala un período determinado de tiempo, es natural que corresponda al reglamento hacerlo en forma razonable. El término de un año es razonable a juicio de la Sala, consulta diferentes circunstancias que deben tenerse en cuenta en estos casos y por tanto no infringe la ley sino que contribuye a su adecuada aplicación. El término de 8 meses señalado en el párrafo del artículo 19 del Decreto 770 de 1975 lo exige el Instituto de Seguros Sociales para reconocer prestaciones asistenciales a la compañera permanente. En ese caso, el reglamento no podría modificarlo. Pero si, como en el de la sustitución pensional la ley no dice nada, el decreto reglamentario debe fijarlo puesto que ello encuadra dentro de la finalidad de la facultad conferida por la Constitución al Presidente de la República.

RETIRO POR DERECHO A PENSION / PENSION / SUELDO - Compatibilidad / DERECHOS ADQUIRIDOS

Las excepciones señaladas en el artículo 32 del D.L. 1042 de 1978 no sufren menoscabo con las normas acusadas, pues la ley reglamentada habla del retiro en caso de que sea necesario para gozar de la pensión. Obviamente, cuando no sea necesario el retiro, como en los eventos contemplados en el D.L. 1042 de 1978, quedan a salvaguardia el disfrute de la pensión con sus reajustes y el sueldo de actividad, es decir, dos asignaciones provenientes del tesoro, que solo pueden percibirse simultáneamente de modo excepcional. En otras palabras, el texto del artículo 2o. acusado se limita a reglamentar el artículo 8o. de la Ley 71 de 1988, que se refiere al pago de la pensión cuando el retiro del servicio sea necesario para disfrutarla. No está limitando su alcance, pues se entiende que no reglamenta los casos de excepción previstos en estatutos diferentes a la ley 71 de 1988.

EMPLEADO PARTICULAR / PENSION COMPARTIDA - Reconocimiento / SEGURO SOCIALES - Desafiliación

Cuando el beneficiario de la pensión es un trabajador particular, cuyo tiempo de servicio al estado se le está sumando para efectos de la pensión compartida, estará afiliado a los seguros de invalidez, vejez, muerte y accidentes de trabajo y enfermedad profesional; y al exigirse su retiro del servicio para devengar la pensión, es natural que se produzca la desafiliación. Ello no significa desprotección de los derechos inherentes a la afiliación puesto que después, como pensionado, continuará siendo afiliado. No se producirá tampoco solución de continuidad, pues el mismo artículo 9o. acusado prescribe que la entidad pagadora de la pensión, comunique al empleador la fecha en la cual se incluirá en nómina al pensionado, para que proceda a su retiro del servicio y, consecuentemente a su desafiliación de los riesgos mencionados. Lo anterior indica que la desafiliación se produce en forma concomitante con el disfrute de la pensión y con el goce de los beneficios asistenciales que le corresponden al trabajador pensionado.

**REAJUSTE PENSIONAL - Beneficiarios / RETROACTIVIDAD -
Imprudencia.**

Mientras no se devengue una pensión, ésta no puede ser reajustada; para devengarla, según la ley, es necesario el retiro del servicio, salvo los casos de excepción de los cuales no se ocupa el decreto reglamentario acusado. Como es sabido, las excepciones se gobiernan por normas especiales y en este caso el decreto 1160 de 1988 reglamentario de normas generales. no impide la aplicación de normas especiales.

**PENSION DE JUBILACION - Reconocimiento / PAGO -
Financiación / GOBIERNO - Facultades / DELEGACION DE
FUNCIONES**

Tratándose de un nuevo sistema para el reconocimiento y pago de pensiones, es absolutamente indispensable establecer formas de financiación que lo hagan efectivo. La ley confió al Gobierno Nacional la reglamentación de estas formas de financiación de manera amplia, ya que no señaló límites. Dentro de esa amplitud el Gobierno puede escoger el sistema de financiación y disponer que las entidades de previsión que van a manejarlo, señalen las cuotas partes que se refieren a la financiación para el pago de la pensión y no a la pensión misma. También podía, previendo variaciones en la situación económica de cada región, facultar a las entidades de previsión para modificar el sistema de financiación, puesto que la entidad es la conocedora de los requerimientos y de su situación económica, respetando siempre la necesidad de mantener la reserva mínima exigida. Estando estos dos últimos incisos del artículo 29 del Decreto 1160 de 1989 destinados a hacer operante la ley en cuanto a la financiación necesaria para pagar las pensiones, no encuentra la Sala que violen el art. 7o. de la ley 71 de 1988.

Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidos (22) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrada Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente No. 4613 Decretos del Gobierno Actor: MILAN DIAZ GARCIA

En ejercicio de la acción de nulidad, el ciudadano Milán Díaz García formula al Consejo de Estado estas peticiones:

“Se declare que son Nulas las disposiciones del Decreto 1160 de 1989 Reglamentario de la Ley 71 de 1988 que a continuación se expresan:

a) Del artículo 2o. el párrafo o frase final que dice: ...“Y estén retirados del servicio o desafiadas del régimen de los Seguros Sociales obligatorios en los riesgos de invalidez, vejez y muerte y accidentes de trabajo y enfermedad profesional.”

b) Del artículo 9o. los párrafos o frases que dicen:... “desde la fecha en que el empleado o trabajador en forma definitiva se retire del servicio o se desafilie de los seguros de invalidez, vejez, muerte y accidentes de trabajo y enfermedad profesional”, y la parte final:... “para que proceda a su retiro del servicio”.

c) Del artículo 12 la frase final del inciso primero que dice:... “durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento de éste o en el lapso establecido en regímenes especiales”.

d) Del artículo 18 la parte final que dice: ... “Así mismo acompañarán la autorización expresa y escrita del pensionado, presentada personalmente ante la autoridad pagadora o en su defecto, ante Notario o entidad política o judicial del lugar de residencia del pensionado”

e) Del artículo 29 los dos últimos incisos que dicen:“ el valor de los aportes que exija el sistema de financiación escogido podrá ser repartido a criterio de la entidad de previsión, entre los trabajadores, los empleadores y las instituciones gubernamentales correspondientes”.

“El sistema de financiación podrá ser modificado por la entidad de previsión de acuerdo a la variación que presente la situación económica de la región donde opere, teniendo en cuenta la necesidad de mantener la reserva mínima exigida” (fls. 12-13).

A pesar de que en el encabezamiento del *libelo* dice el actor que demanda en acción de nulidad la parte pertinente de los artículos 2o., 7o., 9o., 12, 18 y 29 del Decreto 1160 de 1989, al concretar las peticiones no menciona el artículo 7o. ni invoca normas que considere infringidas por dicha disposición, ni concepto alguno de violación. Por tanto la Sala tendrá por no acusado el artículo 7o. del Decreto 1160 de 1989.

SECCION SEGUNDA

La demanda se fundamenta en los siguientes

HECHOS:

“1o. Para la elaboración del Decreto Reglamentario de la Ley 71 de 1988, el Ministerio del Trabajo permitió que una Sub-Comisión de los organismos pensionales estudiara y presentara anteproyecto de Reglamento que contemplara, dentro del orden legal, las normas necesarias de reglamentación que la nueva Ley 71/88 exige en concordancia con los intereses y derechos de los pensionados en general; colaboración que se prestó en tiempo oportuno, pero cuyo trabajo o anteproyecto concluido mediante la atención que prestó la Confederación de Pensionados de Colombia -C.P.C.-, no fue atendido ni acogido por los mandos del Ministerio del Trabajo, quienes procedieron a llevar a la firma del Presidente de la República un Proyecto de Decreto, que, como adelante se apreciará, es contrario y violatorio de normas legales superiores.

“2o. El Presidente de la República, con la firma de la Ministro del Trabajo, expidió el Decreto 1160 de 2 de junio de 1989 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 71 de 1988”, Decreto que entró en vigencia desde la fecha de su publicación, o sea desde el 6 de junio de 1989, en el Diario Oficial No. 38.845, cuya edición se acompaña.” (fl. 13).

La demanda cita como normas violadas las siguientes: C. N. (anterior), artículos 30, 44 y 120 ordinal 3o.; Ley 10 de 1972, artículo 7o.; Ley 4a. de 1976, artículo 10, inciso 1o.; Decreto Ley 1042 de 1978, artículo 32 literales a), e) y c), Ley 12 de 1975 artículo 1o.; Ley 113 de 1985, artículo 2o. , y Ley 71 de 1988, artículos 3o., 5o. y 7o. Se expone ampliamente el concepto de la violación, el cual se hace consistir de modo principal en que el Gobierno excedió la potestad reglamentaria al expedir los actos acusados. En la parte considerativa de esta providencia se analizará el correspondiente a cada artículo demandado.

EL CONCEPTO FISCAL

La doctora Fiscal Quinto de la Corporación sostiene: a) que los artículos 2o. y 9o, del decreto 1160 de 1989, en los apartes demandados, concernientes al retiro del servicio, exceden la facultad reglamentaria, en cuanto limitan la aplicación de la ley reglamentada; b) que en lo relativo a la obligación del artículo 9o, *ibidem* relacionada con la desafiliación del régimen de los seguros sociales obligatorios en los riesgos de invalidez, vejez y muerte y accidentes de trabajo o enfermedad profesional, no hubo exceso en el reglamento; c) que a su juicio es nula, en el artículo 12 del mencionado decreto, la frase: “...durante el año

inmediatamente anterior al fallecimiento de éste” ; d) que la parte pertinente que se demanda del artículo 18 del Decreto 1160 de 1989 se ajusta a derecho puesto que no ataca la libre organización gremial garantizada en el artículo 44 de la C.N. anterior; y, e) que en cuanto al artículo 29 en sus dos últimos incisos, la Fiscalía acoge lo sostenido en el auto de suspensión provisional, cuyos apartes correspondientes transcribe.

Se procede a decidir, previas estas

CONSIDERACIONES:

Se trata en este caso de establecer si se ajustan o no a derecho las disposiciones señaladas en la demanda y contenidas en el decreto 1160 (junio 2) de 1989, por medio del cual se reglamenta parcialmente la ley 71 de 1988.

Como el ataque central del libelo se dirige a sostener que hubo exceso en la potestad reglamentaria (C. N. anterior, art. 120-3o. C. N. de 1991, art. 189 num. 11), la Sala analizará por separado cada una de las normas controvertidas, para mayor claridad; pero como el artículo 2o. y el 9o. están íntimamente relacionados, se estudiarán conjuntamente.

1o. a) D. R. 1160 de 1989: Artículo 2o., las frases subrayadas:

“BENEFICIARIOS DEL REAJUSTE. Tendrán derecho al reajuste de las pensiones de que trata el artículo anterior, aquellas personas cuyo derecho se haya causado y estén retiradas del servicio o desafiliadas del régimen de los seguros sociales obligatorios en los riesgos de invalidez, vejez y muerte y accidentes de trabajo y enfermedad profesional”.

b) Artículo 9o., las frases subrayadas:

EFFECTIVIDAD Y PAGO DE LA PENSION. Las pensiones de jubilación, invalidez y de vejez, una vez reconocidas se harán efectivas y deberán pagarse mensualmente desde la fecha en que el empleado o trabajador en forma definitiva se retire del servicio o se desafilie de los seguros de invalidez, vejez, muerte y accidentes de trabajo y enfermedad profesional. Para el efecto, la respectiva entidad pagadora comunicará al empleador la fecha a partir de la cual se incluirá en nómina al pensionado para que proceda a su retiro del servicio”.

La demanda sostiene que los apartes citados violan estas disposiciones: C.N. (anterior), artículos 30 y 120-3; artículo 1o, de la Ley 71 de 1988 y D.L.

SECCION SEGUNDA

1042 de 1978, artículo 32, literales a), c) y e). Hace consistir esa violación en que se vulnera un derecho adquirido en legal forma y con justo título al determinar que para tener derecho al reajuste de pensión se debe estar retirado del servicio, ignorando así los casos señalados en el D, L. 1042 de 1978 en los cuales se permite la percepción simultánea de sueldo y pensión, y en las demás normas que establecen excepciones al principio consagrado en el artículo 64 de la C.N. (anterior). Agrega que a quienes pueden tener pensión estando dentro del servicio se les estaría castigando al quitarles el reajuste que la misma ley reglamentada les concede a las pensiones causadas y percibidas. Que igual acusación de ilegalidad atribuye a la exigencia de "desafiliación del régimen de los seguros sociales obligatorios" para tener derecho a los reajustes pensionales, además de violarse, en su concepto, un derecho adquirido a la afiliación y a sus ventajas.

Respecto del párrafo acusado del artículo. 9o. el concepto de la violación es el mismo. Sostiene que si se tiene derecho a que se reconozca pensión y a que se pague periódicamente, es precisamente por estar afiliado a la institución y no por lo contrario.

La Sala no comparte estas apreciaciones.

El artículo 2o. y el 9o. se refieren a situaciones diferentes pero estrechamente ligadas entre sí. El 9o. regula la efectividad y pago de las pensiones y prescribe que una vez reconocidas se harán efectivas y deberán pagarse desde la fecha en que el empleado o trabajador en forma definitiva se retire del servicio o se desafilie de los seguros de invalidez, vejez, muerte y accidentes de trabajo y enfermedad profesional. Agrega que, la entidad pagadora, comunicará al empleador la fecha a partir de la cual se incluirá en nómina al pensionado para que proceda a su retiro del servicio.

El artículo 2o. se refiere a reajustes pensionales. Indica que, tendrán derecho al reajuste de las pensiones, aquellas personas cuyo derecho se haya causado y estén retiradas del servicio o desafiliadas del régimen de los seguros sociales obligatorios en los riesgos de invalidez, vejez y muerte y accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

La regla general en esta materia, en razón de la prohibición constitucional de devengar más de una asignación del tesoro público, es la de que para disfrutar de la pensión, es necesario retirarse del servicio. Es decir, que no puede devengarse al mismo tiempo pensión y sueldo, salvo las excepciones taxativamente establecidas en la ley.

Y no debe olvidarse que en este caso se examinan las normas de un Decreto que reglamenta la ley 71 de 1988, ley que contempla la pensión compartida; o sea, la pensión que se paga con fondos públicos y privados.

La ley 71 en su artículo 8o. dice:

“Las pensiones de jubilación, invalidez y vejez una vez reconocidas, se hacen efectivas y deben pagarse mensualmente al pensionado desde la fecha en que se haya retirado definitivamente del servicio, en caso de que este requisito sea necesario para gozar de la pensión...”(Subrayas de la Sala).

Las excepciones señaladas en el artículo 32 del D.L. 1042 de 1978 no sufren menoscabo con las normas acusadas, pues la ley reglamentada habla del retiro **en caso de que sea necesario** para gozar de la pensión. Obviamente, cuando **no sea necesario** el retiro, como en los eventos contemplados en el D.L. 1042 de 1978, quedan a salvaguardia el disfrute de la pensión con sus reajustes y el sueldo de actividad, es decir, dos asignaciones provenientes del tesoro, que solo pueden percibiéndose simultáneamente de modo excepcional.

En otras palabras, el texto del artículo 2o. acusado se limita a reglamentar el artículo 8o. de la Ley 71 de 1988, que se refiere al pago de la pensión cuando el retiro del servicio sea necesario para disfrutarla. No está limitando su alcance, como lo cree la Agencia del Ministerio Público, pues se entiende que no reglamenta los casos de excepción previstos en estatutos diferentes a la ley 71 de 1988.

Entendido así el artículo, no viola ninguna de las disposiciones citadas en la demanda, y menos el artículo 8o. de la Ley 71 que no se invocó como infringido por el accionante.

Obviamente, cuando el beneficiario de la pensión es un trabajador particular, cuyo tiempo de servicio al Estado se le esté sumando para efectos de la pensión compartida, estará afiliado a los seguros de invalidez, vejez, muerte y accidentes de trabajo y enfermedad profesional; y al exigirse su retiro del servicio para devengar la pensión, es natural que se produzca la desafiliación.

Ello no significa desprotección de los derechos inherentes a la afiliación puesto que después, como pensionado, continuará siendo afiliado. No se producirá tampoco solución de continuidad, pues el mismo artículo 9o. acusado prescribe que la entidad pagadora de la pensión, comunique al empleador la fecha en la cual se incluirá en nómina al pensionado, para que proceda a su

SECCION SEGUNDA

retiro del servicio y, consecuencialmente a su desafiliación de los riesgos mencionados.

Lo anterior indica que la desafiliación se produce en forma concomitante con el disfrute de la pensión y con el goce de los beneficios asistenciales que le corresponden al trabajador pensionado.

Por lo que hace al artículo 2o. según el cual tendrán derecho a reajustes pensionales las personas cuyo derecho se haya causado y estén retiradas del servicio o desafiliadas del régimen de seguros sociales obligatorios en los riesgos mencionados, cabe anotar: los reajustes de las pensiones tienen por finalidad adecuarlas a los sueldos de actividad, tratando de compensar la desvalorización de la moneda.

Por esa razón no pueden ser retroactivos y deben aplicarse a las pensiones que se están devengando, y si para devengar la pensión es necesario, por regla general, el retiro del servicio que conlleva en el caso de los trabajadores particulares la desafiliación del régimen de seguros sociales obligatorios, la disposición acusada se ajusta perfectamente a derecho, pues se limita a reglamentar una situación creada por la ley.

En resumen: mientras no se devengue una pensión, ésta no puede ser reajustada; y para devengarla, según la ley, es necesario el retiro del servicio, salvo los casos de excepción de los cuales no se ocupa el decreto reglamentario acusado. Como es sabido, las excepciones se gobiernan por normas especiales y en este caso el decreto 1160 de 1988, reglamentario de normas generales, no impide la aplicación de normas especiales. Por tanto no hay lugar a la nulidad solicitada.

2o.- D.R. 1160 de 1989. Artículo 12 en la frase que la Sala transcribe con subrayas fuera de texto:

“COMPAÑERO PERMANENTE.- Para efectos de la sustitución pensional, se admitirá la calidad de compañero o compañera permanente a quien ostente el estado civil de soltero(a) y haya hecho vida marital con el causante durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento de éste o en el lapso establecido en regímenes especiales.

Argumenta el demandante que la exigencia de un año en los casos generales, de convivencia previa, para poder acreditar la calidad de compañero o compañera permanente, debe estar contemplada en las normas generales o en regímenes especiales si es un lapso de tiempo (sic) diferente.

Que las leyes de carácter general sobre derecho a sustitución pensional en favor del compañero o compañera no les han impuesto "compañía permanente" de duración mínima de un año, Pues es lógico y humano que a la avanzada edad de un trabajador de más de 60 años, no se le exija tiempo máximo o mínimo de convivencia, ya que en la generalidad de los casos la compañera que logra ocupar la posición de cónyuge, ha asistido al pensionado cuando más lo necesita. Que es aberrante esta situación frente a la del cónyuge legítimo, que tiene derecho aun cuando haya contraído el vínculo matrimonial *in articulo mortis*.

Reconoce sí, que en disposiciones legales que califica de obsoletas, dictadas para efectos civiles y no sociales, se haya exigido a la compañera 8 meses de "compañerismo"; y que para el servicio médico del ISS el Decreto 770 de 1975 también exige un lapso de tiempo (sic) pero señalado por normas con fuerza de ley.

Por lo anterior considera que se excedió la potestad reglamentaria, con violación del artículo 120 numeral 3o. de la anterior Constitución, y de las leyes 12 de 1975, 113 de 1985 artículo 2o. y de los artículos 3o. y 5o. de la ley 71 de 1988.

Al respecto la Sala observa lo siguiente:

Como lo ha sostenido repetidamente la jurisprudencia del Consejo de Estado, la potestad reglamentaria se ejerce para hacer posible la cumplida ejecución de la ley.

Por tanto, la necesidad del reglamento y su contenido, dependen de la mayor o menor claridad de la ley, sin llegar jamás a contrariarla.

En caso de que la ley presente vacíos que la hagan inaplicable o conduzcan a interpretaciones extrañas a su finalidad, resulta indispensable el reglamento.

Es lo que ocurre con las disposiciones legales que conceden beneficios prestacionales como la sustitución de pensión al compañero o compañera permanente del pensionado fallecido.

Las leyes vigentes le han otorgado derechos pero no han definido qué se entiende por compañero permanente. Es sin embargo de sentido común, que se requiera la permanencia de la convivencia marital porque de ella habla la ley. Como no señala un período determinado de tiempo, es natural que corresponda al reglamento hacerlo en forma razonable.

SECCION SEGUNDA

El término de un año es razonable, a juicio de la Sala, consulta diferentes circunstancias que deben tenerse en cuenta en estos casos y por tanto no infringe la ley sino que contribuye a su adecuada aplicación.

El término de 8 meses señalado en el párrafo del artículo 19 del Decreto 770 de 1975 lo exige el Instituto de Seguros Sociales para reconocer prestaciones asistenciales a la compañera permanente.

En ese caso, el reglamento no podría modificarlo. Pero si, como en el de la sustitución pensional la ley no dice nada, el decreto reglamentario debe fijarlo puesto que ello encuadra dentro de la finalidad de la facultad conferida por la Constitución al Presidente de la República.

No prospera, por las razones expuestas, la nulidad parcial del artículo 12.

3o.- D.R. 1160 de 1989. Artículo 18 la expresión subrayada por la Sala:

“DESCUENTOS A FAVOR DE LAS ASOCIACIONES DE PENSIONADOS. Para efectos de los descuentos a favor de la respectiva agremiación de pensionados de que trata el artículo 5o. de la Ley 71 de 1988, las asociaciones de pensionados deberán acreditar ante las empresas, entidades o patronos que satisfacen pensiones, la vigencia de su personería jurídica y la representación leal, Mediante certificado expedido por autoridad competente. Así mismo acompañaran la autorización expresa y escrita del pensionado, presentada personalmente ante la entidad pagadora o en su defecto ante notario o autoridad política o judicial del lugar de residencia del pensionado”.

Aduce el demandante que la norma acusada exige requisitos no fijados por la ley, tales como autorización expresa y escrita del pensionado para hacer los descuentos a favor de las asociaciones de pensionados, y presentación personal. Que la exigencia viola el artículo 120 ordinal 3o. de la Constitución anterior y las leyes 10 de 1972, artículo 7o. 4a. de 1976, artículo 10 inciso 1o. y 71 de 1988, artículo 5o. porque tales normas establecen la obligación de hacer los descuentos de cuotas de afiliación, periódicas o extraordinarias, con que los afiliados deben contribuir para el sostenimiento de sus asociaciones, mediante la sola solicitud de éstas y no la del pensionado. Agrega que esto equivale a desconocer la existencia jurídica de la asociación respectiva reconocida por el Gobierno y a hacer nugatoria la institucionalización del Gremio pensional, Que en la práctica lo que ocurre es que se está impidiendo la afiliación y el libre desarrollo económico de las organizaciones gremiales de pensionados.

Francamente no encuentra la Sala cómo, por exigirse al pensionado afiliado a una asociación su autorización para descontar de su pensión los aportes correspondientes a tal asociación, se conculquen derechos como el de la libre asociación, o se desconozca la existencia jurídica de las mismas y su desarrollo económico, o se obstaculice la afiliación.

Si la afiliación a las asociaciones de pensionados es un acto enteramente voluntario, es decir no obligatorio, no vislumbra la Sala cómo pueda haberse excedido la potestad reglamentaria exigiendo que el pensionado autorice por escrito el descuento correspondiente a su pensión con destino a la asociación a la cual se halle afiliado.

Lejos de un **requisito** no establecido por la ley, esta es una actuación que protege el destino de la pensión y garantiza que sea el mismo pensionado el único que pueda disponer de descuentos en sus mesadas, las cuales pertenecen a su propio peculio, a su patrimonio personal.

Si se ha afiliado, el descuento es obligatorio; pero destinado a la asociación señalada por él.

En sentir de la Sala, esa autorización no es contraria a la ley y antes bien asegura el más adecuado correcto y eficaz cumplimiento de sus disposiciones.

4o.- D.R. 11.60 de 1989: del artículo 29, estos dos últimos incisos:

“El valor de los aportes que exija el sistema de financiación escogido, podrá ser repartido a criterio de la entidad de previsión, entre los trabajadores, los empleadores y las instituciones gubernamentales correspondientes”; y

“El sistema de financiación podrá ser modificado por la entidad de previsión de acuerdo a la variación que presente la situación económica de la región donde opere, teniendo en cuenta la necesidad de mantener la reserva mínima exigida.”

Sostiene la demanda que estos dos incisos vulneran el artículo 7o. de la Ley 71 de 1988 en cuanto establece que:

“El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación (se refiere a la pensión de jubilación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas”

SECCION SEGUNDA

Afirma el actor que las autorizaciones o delegación de funciones a los entes de previsión para señalar el valor de los aportes y repartirlo entre trabajadores, empleadores y entidades gubernamentales, y modificar el sistema de financiación para el pago de la pensión de jubilación por aportes, extralimitan las facultades concedidas al Gobierno por el artículo 7o. de la ley 71, porque ha debido éste determinar las cuotas partes y no dejarlo al criterio de las entidades de previsión.

Observa la Sala, que tratándose de un nuevo sistema para el reconocimiento y pago de pensiones, es absolutamente indispensable establecer formas de financiación que lo hagan efectivo.

La ley confió al Gobierno Nacional la reglamentación de estas formas de financiación de manera amplia, ya que no señaló límites. Dentro de esa amplitud el Gobierno puede escoger el sistema de financiación y disponer que las entidades de previsión que van a manejarlo, señalen las cuotas partes, que se refieren a la financiación para el pago de la pensión y no a la pensión misma.

También podía, previendo Variaciones en la situación económica de cada región, facultar a las entidades de previsión para modificar el sistema de financiación, puesto que la entidad es la concedora de los requerimientos y de su situación económica, respetando siempre la necesidad de mantener la reserva mínima exigida.

Estando estos dos últimos incisos del artículo 29 del Decreto 1160 de 1989 destinados a hacer operante la ley en cuanto a la financiación necesaria para pagar las pensiones, no encuentra la Sala que violen el artículo 7o. de la ley 71 de 1988 y por tanto no accederá a decretar su nulidad.

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

FALLA:

Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y en firme esta providencia archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 3 de junio de 1993.

EXP. -4613

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz (ausente), Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

**DEMANDA -Interpretación / LEGITIMACION POR PASIVA /
PERSONAL DOCENTE / PRESTACIONES SOCIALES /
CONGRESO -Facultades / NACIONALIZACION DE LA
EDUCACION -Efectos / PENSION DE JUBILACION -
Reconocimiento.**

Es equivocado el planteamiento según el cual, la pensión de jubilación que pretende la actora, debe reconocérsele por el Departamento de Antioquia, en virtud de lo dispuesto por las Ordenanzas que invoca. Es potestad exclusiva del Congreso Nacional determinar por medio de ley, todo lo relativo al régimen prestacional de quienes sirven en el sector público. No obstante los argumentos equivocados del señor apoderado de la accionante, haciendo uso de la facultad que tiene el juez para interpretar la demanda y teniendo en cuenta que las peticiones formuladas se sustentan igualmente en las disposiciones legales que antes se mencionaron, estudiara la Sala el derecho de la actora a devengar pensión nacional por haber laborado el tiempo requerido y tener el requisito de la edad; y también, si es posible que, reuniendo los requisitos legales, se la reconozca y pague el Departamento, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2o. numeral 4 de la ley 91 de 1989, invocado en el escrito contentivo del recurso de apelación, y que obviamente por ser posterior, no se mencionó en la demanda ni fue estudiado por el Tribunal, teniendo en cuenta que en el momento actual la actora no podría reclamar a la Nación el pago de su pensión por impedirlo el mandato del artículo 2o. numeral 4 de la ley 91 de 1989 puesto que la prestación se causó en el período comprendido entre el 1o. de enero de 1981 y el mes de diciembre de 1989 y no se ha pagado aún, aunque en estricto derecho las resoluciones acusadas no serían anulables, una interpretación favorable al trabajador permite, por haber desaparecido el sustento

jurídico de dichos actos administrativos, declarar su nulidad ordenar el reconocimiento del derecho reclamado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidos (22) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 4957. Autoridades Departamentales.
Actora: MARIELA ARIAS DE NARANJO.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 7 de diciembre de 1989.

ANTECEDENTES:

Mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Mariela Arias Alvarez de Naranjo pidió al Tribunal declarar configurado el silencio administrativo negativo, respecto de la solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación presentada el 17 de agosto de 1988 y la nulidad de las resoluciones números 5293 de 1o. de diciembre de 1988 de la Dirección de Relaciones Laborales del departamento de Antioquia y 36.619 de 25 de enero de 1989 de la Gobernación del mismo departamento, por medio de las cuales se resolvieron en forma desfavorable a sus pretensiones los recursos de reposición y de apelación que interpuso contra el acto presunto negativo a que se ha hecho referencia.

A título de restablecimiento del derecho solicitó el reconocimiento de una pensión mensual y vitalicia de jubilación a cargo del Departamento de Antioquia por cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio exigidos por normas ordenanzas y legales.

La relación de HECHOS fundamentales de la demanda puede sintetizarse así: el 12 de septiembre de 1983, fecha en que la actora cumplió 50 años de edad, por haber laborado más de 20 años como docente en establecimientos educativos oficiales del Departamento de Antioquia, adquirió el derecho a percibir una pensión mensual vitalicia de jubilación del mencionado departamento, con fundamento en lo dispuesto en las Ordenanzas números 15 de 1941, artículos 1, 2, 3 y 5, 9a. de 1945, artículo 8o., 49 de 1939, artículo 4o., 26 de 1960, artículo 12 y 21 de 1975, artículo 1o., en las leyes 4a. de 1966, 5a. de 1969, 4a. de 1976, 71 de 1988 y 171 de 1961. Por tal razón, el 17 de agosto

SECCION SEGUNDA

de 1988 solicitó a dicha entidad territorial el reconocimiento de la aludida prestación, sin que hubiera obtenido en la oportunidad legal respuesta alguna, Por lo cual interpuso contra el acto administrativo presunto, los recursos de reposición y apelación, obteniendo decisión adversa a sus pretensiones, según consta en las resoluciones números 5.293 de 1988 y 36.619 de 25 de enero de 1989, expedidas por la Dirección de Relaciones Laborales y la Gobernación departamental.

Como disposiciones violadas se citan en la demanda los artículos 30 y 62 de la Constitución Política de 1886, 1o., 2o, 3o. y 5o. de la Ordenanza número 15 de 1941, 8o. de la Ordenanza número 9 de 1945, 4o. de la Ordenanza número 49 de 1939, 12 de la Ordenanza número 26 de 1960, 1o. de la Ordenanza número 21 de 1975 y 1o. de la Ordenanza número 6 de 1973, 17 de la Ley 6a. de 1945, 1o. Y 2o. de la Ley 24 de 1, 947, 4o. de la Ley 4a, de 1966, 2o. de la Ley 5a. de 1969, 1o. a 6o. de la Ley 4a. de 1976, 1o. a 5o. de la Ley 71 de 1988, 1o., 2o. y 5o. de la Ley 43 de 1975, 1o. del Decreto 2285 de 1955 y 4o. del Decreto 309 de 1958.

El Tribunal negó las súplicas de la demanda en virtud de que consideró que a partir del 1o. de enero de 1981 el servicio de la educación primaria y secundaria oficiales es Nacional; que el artículo 1o. de la Ley 43 de 1975 estableció que los gastos que ocasione la prestación de dicho servicio que antes sufragaban los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios son de cuenta de la Nación, sin que cambie esa situación por conservarse la facultad nominadora en los funcionarios que la ejercían a la fecha de entrar en vigencia la mencionada ley y como los 20 años de servicio los completó en el mes de marzo de 1984, cuando ya el proceso de nacionalización había culminado -31 de diciembre de 1980-, la demanda debía dirigirse contra la Nación y no contra el Departamento de Antioquia como se hizo.

EL RECURSO

Al sustentar la alzada, la parte demandante formula críticas al concepto del Fiscal del Tribunal transcrito en la sentencia, por cuanto estima que contrariamente a lo aseverado en él, las Asambleas Departamentales están facultadas por la Ley 4a. de 1913 para establecer pensiones de jubilación en beneficio de los docentes que laboran en establecimientos educativos oficiales. Luego censura el fallo, pues considera que en virtud de lo dispuesto en el artículo 4o. de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales del personal docente nacionalizado causadas y no pagadas en el período comprendido entre el 1o. de enero de 1981 y la fecha de promulgación de dicha ley, serán reconocidas y

pagadas por las respectivas entidades territoriales o las Cajas de Previsión Social a las cuales estaba afiliado dicho personal.

De igual modo, la recurrente reprocha la decisión del *a-quo*, porque nada dice en relación con la tesis expuesta en la demanda, en el sentido de que la pensión de jubilación reclamada al Departamento de Antioquia corresponde a un régimen de excepción establecido en favor de los docentes que prestan sus servicios en establecimientos educativos oficiales "Por el Hecho de ser Docente y no por el Hecho de ser Empleados Departamentales" (folio 87). Por tanto, reclama un pronunciamiento del *ad quem* sobre este aspecto de la *litis*.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Judicial Quinta ante el Consejo de Estado, opina que la sentencia apelada debe confirmarse, por cuanto siendo la actora "funcionaria del orden nacional, ha debido solicitar la pensión de jubilación ante la Nación o entidad de previsión del orden nacional para que se le reconociera y pagara esta prestación social y una vez agotada la vía gubernativa, si le fuere desfavorable a su solicitud, ocurrir en demanda ante la Jurisdicción contenciosa". (folio 105).

Se procede a decir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Al revisar el *libelo* demandatorio se advierte que la accionante es consciente de que en virtud de la nacionalización de la educación efectuada por la ley 43 de 1975, a partir del 1o. de enero de 1981, en su calidad de docente que labora en un establecimiento oficial del Departamento de Antioquia, tiene el carácter de empleada del orden nacional. Por ello impugna los actos demandados pues con base en tales razonamientos le denegaron el reconocimiento de la pensión de jubilación que ahora reclama en sede Jurisdiccional, puesto que el derecho cuyo reconocimiento impetra, en su sentir, no se rige por las normas de carácter general que consagran a favor de los servidores oficiales dicha prestación, sino por las disposiciones especiales que invoca, en virtud de las cuales el departamento demandado está obligado a efectuar su reconocimiento. Sin embargo se observa que en el libelo también citó como violadas la ley 6a. de 1945 en su artículo 17; la 24 de 1947; la 4a. de 1966 artículo 4o.; la 5a. de 1969, artículo 2o.; la 4a. de 1976, artículos 1o. y 6o.; la 71 de 1988, artículos 1o. a 5o. y la ley 43 de 1975 en sus artículos 1o., 2o. y 5o.

SECCION SEGUNDA

Obviamente es equivocado el planteamiento según el cual, la pensión de jubilación que pretende la señora MARIELA ARIAS, debe reconocérsele por el Departamento de Antioquia, en virtud de lo dispuesto por las Ordenanzas que invoca.

Sobre el particular cabe anotar que de conformidad con abundante jurisprudencia de esta Corporación, es potestad exclusiva del Congreso Nacional determinar por medio de ley, todo lo relativo al régimen prestacional de quiénes sirven en el sector público.

En efecto, el artículo 5o. del plebiscito de 1957 estableció que todo lo relacionado con jubilación debía ajustarse a las normas dictadas por el Congreso. Este artículo corresponde al 62 de la Constitución de 1886.

Por esa razón, el artículo 76 ordenanza 10 de la Carta (11 del Acto Legislativo No.1 de 1968) dejó claramente establecido que corresponde al Congreso hacer las leyes, y por medio de ellas regular los aspectos contemplados en los artículos 62 y 132 *ibídem*.

Toda la legislación anterior, contraria a este mandato, quedó entonces derogada y es inaplicable.

No obstante los argumentos equivocados del señor apoderado de la accionante, haciendo uso de la facultad que tiene el juez para interpretar la demanda y teniendo en cuenta que las peticiones formuladas se sustentan igualmente en las disposiciones legales que antes se mencionaron, estudiara la Sala el derecho de la actora a devengar pensión nacional por haber laborado el tiempo requerido y tener el requisito de la edad; y también, si es posible que, reuniendo los requisitos legales, se la reconozca y pague el Departamento, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2o. numeral 4 de la ley 91 de 1989, invocado en el escrito contentivo del recurso de apelación, y que obviamente por ser posterior, no se mencionó en la demanda ni fue estudiado por el Tribunal.

En caso similar al presente, la Sala expresó:

“... si bien es cierto que para la fecha de presentación del escrito introductorio, el Departamento no se encontraba legitimado por pasiva para el reconocimiento y pago de la pensión reclamada, razón por la cual ha debido demandarse a la Nación y no al Departamento de Antioquia como lo hizo la parte actora, lo cierto es que el cargo de supervisor docente que desempeñaba el demandante fue nacionalizado como consecuencia de la expedición de la ley 43 de 1975 y por virtud de la ley 91 de 1989 el

reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas y no pagadas en el periodo comprendido entre el 1o. de enero de 1981 y el 29 de diciembre de 1989, como la que reclama el señor CONSTANTINO GUISAO USUGA, corresponde a la entidad territorial, es decir que hoy sí se encuentra legitimado el departamento para responder.

El artículo 2o. numeral 4 de la citada ley prescribe:

“4o. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas y no pagadas en el periodo comprendido entre el 1o. de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la presente ley, (dic. 29) serán reconocidas y pagadas por las respectivas Entidades Territoriales o las cajas de previsión social, o las entidades que hicieron sus veces, a las cuales estaba vinculado dicho personal.

Pero para atender los respectivos pagos, la Nación tendrá que hacer los aportes correspondientes, tomando en consideración el valor total de la deuda que se liquide a su favor, con fundamento en los convenios que para el efecto haya suscrito o suscriba ésta con las entidades territoriales y las cajas de previsión social o las entidades que hicieron sus veces. (Se resalta).

PARAGRAFO. -Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente ley se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal

Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

Como acertadamente lo anota la Agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo, esta ley que modifica la ley 43 de 1975, fue dictada para solucionar los conflictos de carácter prestacional de los docentes, originados como consecuencia del proceso de la nacionalización de la educación oficial primaria y secundaria y está vigente al momento de fallar, luego no puede ignorarse” (Sentencia aprobada por la Sala el 3 de junio de 1993. Actor: Constantino Guisao Usuga. expediente No. 5072. Consejera ponente: Dra. Dolly Pedraza de Arenas).

SECCION SEGUNDA

De los elementos de juicio que obran en el expediente se deduce que la señora MARIELA ARIAS ALVAREZ cumplió 50 años de edad el 12 de septiembre de 1983, pues nació en esa fecha en 1933.

Que según las resoluciones acusadas, a 31 de diciembre de 1980 acreditó servicios como docente en el Departamento de Antioquia, por 16 años y 300 días, es decir, 10 meses. Que continuó laborando hasta el 31 de mayo de 1989 y por tanto en el mes de marzo de 1984 cumplió 20 años de servicios.

Siendo ello así y teniendo en cuenta que en el momento actual la actora no podría reclamar a la Nación el pago de su pensión por impedirlo el mandato del artículo 2o. numeral 4 de la ley 91 de 1989 puesto que la prestación se causó en el período comprendido entre el 1o. de enero de 1981 y el mes de diciembre de 1989 y no se ha pagado aún, aunque en estricto derecho las resoluciones acusadas no serían anulables, una interpretación favorable al trabajador permite, por haber desaparecido el sustento jurídico de dichos actos administrativos, declarar su nulidad ordenar el reconocimiento del derecho reclamado.

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 proferida el 7 de diciembre de 1989 por el Tribunal Administrativa de Antioquia, en el proceso promovido por Mariela Arias Alvarez De Naranjo Contra El Departamento de Antioquia.

En su lugar se dispone:

1o.- Declárase la nulidad de las resoluciones 005293 de 1o. de diciembre de 1988 y 36619 de 25 de enero de 1989, emanadas de la Gobernación del Departamento de Antioquia mediante las cuales no se accedió a reconocer pensión mensual vitalicia de jubilación a la señora Mariela Arias Alvarez.

2o.- Como consecuencia de la anterior nulidad y a manera de restablecimiento del derecho se ordena al Departamento de Antioquia reconocer y pagar a la señora Mariela Arias Alvarez, identificada con la C. de C. No. 21343288 de Medellín, una pensión de jubilación equivalente al 75% del Promedio de lo devengado en el año inmediatamente anterior a la causación del derecho (1983-1984), que se hará efectiva desde la fecha en que hubiere cumplido los requisitos legales, salvo que hubiesen prescrito mesadas

pensionales, caso en el cual se descontarán de la pensión reconocida las mesadas prescritas. Igualmente deberá reajustarse la pensión conforme a la ley.

3o.- El Departamento de Antioquia descontará a la señora MARIELA ARIAS ALVAREZ cuanto haya recibido del erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, desde cuando se haga efectivo el pago de la pensión, salvo que se trate de emolumentos que por expresa autorización legal pueden devengar los docentes conjuntamente con la pensión de jubilación.

La pensión que ahora se ordena reconocer es incompatible con cualquier otra pensión de carácter nacional.

El Departamento de Antioquia dará cumplimiento a esta sentencia dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A. y observará lo dispuesto en el artículo 177 *ibídem*.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase al Tribunal de origen.

La Presente sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 10 de junio de 1993.-

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, (Ausente), Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA A LA SENTENCIA DEL 22 DE JUNIO DE 1993 DICTADA EN EL PROCESO N° 4957 AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

Demandante: MARIELA ARIAS ALVAREZ DE NARANJO

Con el más profundo respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, y no obstante compartir en su esencia la providencia adoptada en este proceso, me separo de lo dispuesto en la parte resolutive en cuanto al confirmar las condenas se ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra Entidad Oficial, para lo cual se invoca el artículo 128 de la Constitución Nacional.

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del "Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante.

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló -de manera reiterada- algunos razonamientos de la siguiente guisa:

"Tomando apoyo en el artículo 64 de la C.N. y en la circunstancia de que el ejecutante había devengado sueldo de la Policía Nacional, la entidad demandada excepcionó compensación, cobro de lo no debido y pago

respecto de los salarios y prestaciones que el demandante hace valer coercitivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca”.

“El artículo 64 de la Constitución Nacional dispone:

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 lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los departamentos y municipios.

“La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir más de una asignación del Erario Público; pero esa prohibición, por ser tal, no puede aplicarse a situaciones similares, así ellas revistan la condición de ser análogas puesto que, tanto en materia civil y por ende laboral, en ese punto de prohibiciones rige el principio de la tipicidad; no hay prohibición sin ley que la consagre; la analogía en las penas es inadmisibles”.

“Nada impide recibir del Estado sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. Los casos de compatibilidad son numerosos. Piénsese por ejemplo, en el trabajador oficial favorecido con condena a cargo de entidad oficial obligada a pagarle la indemnización moratoria conforme al artículo 1º del Decreto 797 de 1949, cuando al mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente - proceso ordinario y con posterioridad a él el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaria con otra entidad oficial. La compatibilidad entre la indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza”.

La razón está en que la asignación, con su equivalente sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo o indemnización, es decir, dos prestaciones (en sentido genérico) que tienen dos causas diferentes, no puede estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos. Pero si una erogación del Erario Público tiene su fuente en el contrato ficto de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo Erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64 no puede admitirse”.

SECCION SEGUNDA

“Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos. Porque el pago de salario dejado de percibir que ordenó la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó ilegalmente de servicio. En cambio los salarios que el actor devengó por servicios prestados a la Policía Nacional tienen su fuente de esa relación de servicio...” (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Darío Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca). (Esta tesis se reiteró en el expediente: N° 40.878; Ponente H. Magistrado Dr. Alberto Rodríguez R.; marzo 11/87; de igual manera en el Expd. N° 29629; Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G.; junio 5/84; en el Expd. N° 35949 ; Ponente : H. Magistrada Dra. Emilia Mesa S.; octubre 15/85; y posteriormente, ha sido mantenida por la Sala mencionada Tribunal Superior de Bogotá).

Dichos planteamientos son válidos enfrente de la redacción de la Nueva Norma Constitucional (Art. 128).

De otro lado, es lo cierto que no existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica.

Por último, es ostensible que el juez no puede crear normas y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Por estas sintéticas consideraciones, entonces no comparto la parte resolutive de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Santa Fe de Bogotá, D.C.,veintitres (23) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

COMPETENCIA POR CUANTIA / PRINCIPIO DE IGUALDAD

Ahora bien, el Decreto 597 de 1988 que modifica al C.C.A., artículos 131 y 132 entre otros, hace distinción en cuanto a los procesos de tipo laboral por valor de la cuantía, teniendo en cuenta la asignación mensual correspondiente al cargo para conocer en única o primera instancia, criterio de diferenciación o *tertium comparationis* que no viola el principio. Es indudable que el mismo está asentado sobre bases objetivas y criterios de proporcionalidad que hacen posible promover la igualdad de éste. Guarda en cierta forma estrecha relación con las propias calidades del solicitante, de quien acciona ante la jurisdicción, de su ubicación en el contexto de oportunidades y cargo que ofrece la Administración, reservando los de mayores responsabilidades y remuneración a quienes, por su capacitación y aptitudes, son garantía del buen servicio público que es uno de los propósitos y fines de aquella. De ahí que la Carrera Administrativa sea instrumento para la realización de estos, de innegable beneficio para la comunidad. Ahora, el hecho de que la cuantía se reajuste cada dos años en un 40% conforme al precepto, no parece una fórmula desproporcionada, si se observan los índices de inflación anuales y los reajustes en las asignaciones que decreta el Gobierno. Al analizar el artículo 131 del C.C.A. se ha visto cómo no es incompatible con los principios de ésta, en especial con los de igualdad y el derecho de apelar las sentencias; cabrían los mismos argumentos y razones para sostener que tampoco se violan los consagrados en el ordenamiento supranacional pues iguales son los fundamentos. No se quebrantan por el hecho de que el juicio tenga una sola instancia el debido proceso es regla en las actuaciones administrativas y jurisdiccionales en cualquier instancia. El criterio objetivo de la

SECCION SEGUNDA

diferenciación es innegable; no se hace ciertamente con respecto a la persona en sí misma, la norma es clara al señalar la asignación mensual correspondiente al cargo no al empleado. En numerosas oportunidades ha recalcado la Sala tal aspecto, hasta el punto de que aquellos factores de retribución de rasgos personales se excluyen a efecto de determinar la aplicación de la norma, como sería el caso del subsidio familiar en consideración a los hijos o la prima de antigüedad, para mencionar algunos. Es evidente que la prevalencia del Derecho Internacional y los principios allí consagrados tienen cabida en el ámbito del derecho interno para su aplicación cuando éste, a través de un juicio de comparación, racionalidad y proporción aparezca velatorio o en contradicción con aquéllos.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora*

Expediente No 7775. Recurso de Queja

Actor: ARISTOBULO ORTIZ SAAVEDRA

Se decide el Recurso de Queja interpuesto por el apoderado del actor contra el auto del 22 de octubre de 1992 por el cual el Tribunal Administrativo de Risaralda negó el recurso de apelación previamente interpuesto contra la sentencia del 2 de octubre del mismo año (fls. 3-16).

El Tribunal tuvo en consideración para negar el recurso el hecho de que el proceso era de única instancia con fundamento en la cuantía del mismo. Señaló al respecto que, en los casos que versan con retiro del servicio, aquélla se determina por la asignación mensual correspondiente al cargo y no todos los factores "que concurren a determinar la remuneración del empleado, pueden considerarse para determinar la asignación correspondiente al cargo; que se compone de los elementos salariales anexos al empleo en sí mismo" (fl.21).

Agrega el *a-quo* que como la prima de antigüedad no se computa para tal efecto, en el presente caso la asignación sería de \$ 109.487 de acuerdo a la demanda y que esta fue presentada el 17 de febrero de 1992 para esa época conocían los Tribunales Administrativos en única instancia cuando la asignación mensual no exceda de \$170.000 según los reajustes. que ha tenido a partir de

la cantidad de \$80.000 durante los años 1990 y 1992 por un 40% y con aproximación a la decena de miles inmediatamente superior.

Al resolver el recurso de reposición interpuesto contra esta providencia, reitera tal aspecto y en relación con la inaplicabilidad de las normas contenidas en los artículos 131 y 132 del C.C.A., que solicita el recurrente, dice que no siendo incompatibles con la Constitución vigente, “no hay lugar a su aplicación”.

Al formular el recurso de queja ante esta Corporación, plantea el recurrente como fundamento del mismo básicamente tres aspectos: la excepción de inconstitucionalidad del artículo 131 del C.C.A., numeral 6) literal b) inciso segundo; la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Respecto del primer punto, dice que la norma que señala la cuantía es violatoria de los artículos 13 y 131 de la Constitución y en demanda que cursa en la Corte Constitucional, ha sostenido que coloca a los empleados de bajo salario en una situación de “abierta discriminación procesal” por no ser apelables las sentencias y esta discriminación pugna con las disposiciones que Informan sobre la Igualdad de las personas y en particular, con el derecho de apelar toda sentencia.

Trae como ejemplo ilustrativo de injusticia el caso de dos funcionarios de los cuales, uno tenía derecho a la apelación y revisada la sentencia por el Consejo de Estado, dispuso el reintegro al servicio y en el otro, en cambio, la sentencia equivocada no pudo ser enmendada por el superior y esto no se compadece con el “Estado Social de Derecho” de que habla la nueva Carta. Colocando frente a frente la norma impugnada y el precepto constitucional, el artículo 13 que transcribe, resulta palmaria “una grosera inversión de valores, puesto que mereció la protección expresada en el derecho de apelación quien ganaba más de \$170.000 y se desprotegió, al negarse el mismo derecho, a quien ganaba menos de esa cifra. Es decir, en vez de proteger especialmente al débil económico lo que hizo la norma impugnada fue proteger al más fuerte”, y expedida la actual Constitución, tales normas carecen de sentido y deben expulsarse del tráfico jurídico (fls.37-38).

Agrega que, respecto del artículo 31 de la Carta, consagra un derecho, la apelación y unas limitaciones, las excepciones, y mientras el primero es de aplicación inmediata (Art. 85 *ejusdem*), las excepciones están por reglamentarse y “ellas son del resorte de una ley estatutaria, con arreglo al artículo 152 de la C.N. literal a). Es decir, que siendo el derecho de apelación una garantía de aplicación Inmediata, sus limitaciones sólo podrá señalarlas una ley estatutaria, puesto que se incluye dentro del capítulo de los derechos fundamentales”(fl.

SECCION SEGUNDA

38). Las excepciones, ni antes ni después, afirma, pueden fundarse en una discriminación económica; y el principio de "apelabilidad" es regla por lo que mal puede considerarse que el proceso contencioso laboral de única Instancia sea una excepción, sino existía la regla antes de la expedición del C.C.A. Tanto el artículo 13 como el 31 son de aplicación inmediata y por ello es viable la inaplicabilidad de la disposición con fundamento en el artículo 40 de la Carta.

Respecto del segundo aspecto, la Declaración de los Derechos del Hombre de 1948, señala que si bien carece de naturaleza jurídica de tratado internacional, los principios contenidos en ella alcanzan el nivel de IUS COGENS, normas imperativas aceptadas por la Comunidad Internacional que no admiten violación o derogación de manera unilateral y por ello sin duda, son obligatorias en Colombia. Transcribe el artículo 11 de la Declaración para significar que a quienes ganen menos de \$170.000 se les ha conculcado la facultad de apelar la sentencia y esta situación configura una abierta discriminación en razón de la posición económica. En esta clase de procesos, lo más importante es la recuperación del empleo, el derecho al trabajo. Finalmente, en relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que tiene plena validez en Colombia y ha sido aprobado mediante la Ley 74 de 1968 y ratificado por el depósito del correspondiente Instrumento de ratificación en las Naciones Unidas, afirma que del mismo se violan los artículos 14 y 26, aquél en cuanto proclama la "igualdad judicial" de todas las personas frente a los Tribunales y Cortes, y éste, la discriminación entre otras cosas por la posición económica.

SE CONSIDERA:

Plantea el recurrente la excepción de inconstitucionalidad del artículo 131 C.C.A., numeral e inciso anotado con fundamento en que es violatorio de los artículos 13 y 31 de la Carta por cuanto existe una abierta "discriminación procesal" que pugna con la igualdad de las personas que reclama el precepto y la posibilidad de que puedan apelarse las sentencias.

El artículo 131 en referencia consagra como factor determinante de la competencia y por ende que el proceso sea de única o primera instancia, la cuantía de éste, teniendo en consideración la asignación mensual correspondiente al cargo, en los casos en que se retire del servicio al funcionario, a partir de una asignación que no exceda de \$80.000 para conocer en única instancia, reajustada cada dos años en la forma que dispone el artículo 40 del Decreto 597 de 1988, modificatorio del Código Contencioso Administrativo en este aspecto.

Es relevante anotar, en primer término que dentro de la organización jurisdiccional del Estado la diferenciación de los procesos con base al "*quantum*"

de las pretensiones para determinar las instancias ha sido un factor de ordenamiento de la actividad de especial importancia, atribuyendo el conocimiento de aquéllos entre los distintos niveles con fundamento en éste. Es evidente que dentro de un rango de intereses y valores y de relatividad de las cosas, la igualdad implica ciertamente un juicio relacional, no puede desconocerse que algunos procesos tienen desde este punto de vista una mayor trascendencia y significación que otros, difieren dentro de unos supuestos de comparabilidad, pues no son los mismos ni iguales los intereses en conflicto.

Sin embargo, este criterio de diferenciación o mejor de igualación no implica necesariamente una discriminación de las personas o la desprotección de sus derechos, ni puede entenderse en tal sentido; las múltiples cuestiones y conflictos jurídicos, dentro de su amplia gama de matices y características, han impuesto cada vez más una división y especialización por su naturaleza y contenido, lo que implica a su vez una distribución ponderada y racional, de las labores con base en factores de distinta índole, entre ellos la cuantía, como determinante de las dos instancias. Pero este criterio no tiene *per se* un carácter discriminatorio, ni significa como lo pretende el actor, un trato desigual que vulnera el principio.

La igualdad, es ciertamente, un juicio de comparación entre dos o más supuestos, cosas o personas, implica la conformidad de una cosa con otra y un juicio que recae sobre la pluralidad de componentes donde la base común de comparabilidad es llamada por los lógicos "*tertium comparationis*" o criterio para establecer cuándo una diferencia es relevante o discriminatoria. Hay algunas que están especialmente prohibidas por ser contrarias a la dignidad humana adviértase el artículo 13 de la Constitución, otras se justifican plenamente para promover el ideal de justicia que la misma reclama. Así que la igualdad que proclama la norma no es necesariamente el igualitarismo total y absoluto dentro de un mundo que se caracteriza precisamente por las diferencias y desigualdades de toda índole, a las cuales no puede sustraerse el ideal de justicia. Dice a este respecto Angel Latorre en su "Introducción al Derecho": "Es en efecto un error considerar la justicia como un conjunto de principios estáticos. Una sociedad encierra en su seno creencias dispares, tendencias nuevas que afloran, corrientes antiguas que resisten, desequilibrios que se manifiestan a través de diversas concepciones no siempre plenamente conscientes y claras. El análisis de la idea de justicia en una sociedad determinada ha de tener en cuenta ese carácter complejo y dinámico que tiene en cada momento".

Frente a un acto e incluso la Ley misma, puede decirse que es justo o injusto cuando se hace respecto de un criterio de igualdad y esto se expresa dentro de los postulados de la justicia distributiva en el principio del trato de igual a los iguales y desigual a los desiguales. Refiriéndose a la relatividad de la

SECCION SEGUNDA

igualdad y a las diferencias que del juicio puedan inferirse, dice Eduardo García Mayanés en su obra "Ensayos Filosófico-Jurídicos: "Los objetos que en uno o varios aspectos son iguales, necesaria y simultáneamente son, en otro u otros, diferentes". Este principio tiene consecuencias importantísimas para la doctrina de la justicia". Empero, el verdadero problema no consiste en descubrir semejanzas o diferencias sino en determinar cuáles términos de comparación tienen o no relevancia jurídica, para excluir aquéllos que carecen de importancia frente a la igualdad que pregonan el principio y en establecer, con relación a situaciones concretas de la experiencia jurídica, cuáles son las consecuencias que en derecho corresponden.

En virtud de tal principio se excluye del ordenamiento jurídico todo trato discriminatorio a las personas "por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica".

En relación con el mismo ha dicho la Corte Constitucional en el siguiente aparte:

"Sin embargo, el artículo 13 de la Constitución no prescribe siempre un trato igual para todos los sujetos del derecho, o destinatarios de las normas, siendo posible anudar a situaciones distintas entre ellas rasgos o circunstancias personales diferentes consecuencias jurídicas. El derecho es, al mismo tiempo, un factor de diferenciación y de igualación. Opera mediante la definición de supuestos de hecho a los que se atribuyen consecuencias jurídicas (derechos, obligaciones, competencias, sanciones, etc.). Pero los criterios relevantes para establecer distinciones, no son indiferentes para el derecho. Algunos están expresamente proscritos de la Constitución y otros son especialmente invocados para promover la igualdad sustancial y con ello el ideal de justicia contenido en el Preámbulo".

Y agrega en otro aparte esa Corporación:

"Según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación; la igualdad sólo se viola si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable y la existencia de dicha justificación debe apreciarse según la finalidad y los efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida". (Sentencia del 19 de Junio de 1992. Magistrado Ponente: Doctor EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ en Gaceta Constitucional pgs. 403 y ss).;

Ahora bien, el Decreto 597 de 1988 que modifica al C.C.A., artículos 131 y 132 entre otros, hace distinción en cuanto a los procesos de tipo laboral por valor de la cuantía, teniendo en cuenta la asignación mensual correspondiente al cargo para conocer en única o primera instancia, criterio de diferenciación o *tertium comparationis* que no viola el principio.

Es indudable que el mismo está asentado sobre bases objetivas y criterios de proporcionalidad que hacen posible promover la igualdad de éste. Guarda en cierta forma estrecha relación con las propias calidades del solicitante, de quien acciona ante la jurisdicción, de su ubicación en el contexto de oportunidades y cargo que ofrece la Administración, reservando los de mayores responsabilidades y remuneración a quienes, por su capacitación y aptitudes, son garantía del buen servicio público que es uno de los propósitos y fines de aquella. De ahí que la Carrera Administrativa sea instrumento para la realización de estos, de innegable beneficio para la comunidad. Ahora, el hecho de que la cuantía se reajuste cada dos años en un 40% conforme al precepto, no parece una fórmula desproporcionada, si se observan los índices de inflación anuales y los reajustes en las asignaciones que decreta el Gobierno.

Si bien podría pensarse que el reajuste para la vigencia de 1992 a 1993 en \$170.000 deja por fuera del recurso a varios empleos o cargos ello no significa que hayan quedado en desprotección o carezcan de amparo en caso dado ante la jurisdicción, porque, quienes los desempeñan han tenido y tienen oportunidad de ejercer sus derechos a través de un juicio en única instancia con la plenitud de las garantías procesales, en la misma forma que los de primera instancia. No podría sostenerse con fundamento y criterio que por el hecho de que un proceso sea de única instancia se esté desprotegiendo al funcionario sería tanto como inferir que la justicia y los postulados en que ella descansa, sólo se consiguen y tienen vigencia cuando el proceso contempla las dos Instancias, lo que es absurdo; tanto en uno como otro caso se realizan plenamente. Pero además, no puede admitirse y no podrá tenerse como regla de comportamiento o punto de referencia para fundamentar la petición, la situación planteada por el recurrente en el ejemplo, ya que sin duda constituye un caso entre muchos; una excepción, la realidad procesal ciertamente debe demostrar en mayor grado la situación contraria.

De manera que si la incompatibilidad que predica la Carta para que proceda la medida es entendida como un desacuerdo o diferencia que hace imposible asociar los principios de aquélla con los preceptos de la norma que se impugna, tal supuesto no se observa en este caso para que fuera dable inaplicarla.

De otra parte, la propia Carta al establecer el principio general del artículo 31, consagra también las excepciones al mismo, las que defiere regular a la ley,

SECCION SEGUNDA

y las que trae el C.C.A., no son contrarias a su ordenamiento. Desde luego, que en aplicación del mismo no todas las sentencias pueden ser apeladas o tienen consulta, y pese a que son principios de aplicación Inmediata, es claro que esta sólo es dable cuando se cumplen los requisitos para su procedencia.

La Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de tales excepciones y en providencia del 9 de noviembre de 1992 con ponencia de la Doctora CLARA FORERO DE CASTRO ha dicho que "esas excepciones ya están consagradas; no resultan contrarias a las disposiciones constitucionales y mientras no se expidan otras que las modifiquen siguen gobernando la distribución de competencias en lo contencioso administrativo".

Ahora, en relación con la posible violación de varios preceptos de Derecho Internacional, concretamente la Declaración Universal de los Derechos del Hombre que invoca el recurrente y el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, es indudable que tales documentos contienen principios generales de derecho, de respeto a la dignidad de la persona humana, aceptados por la comunidad de las naciones y constituyen normas de *Ius Cogens* o principios generales e imperativos de derecho. En la Carta de las Naciones Unidas el respeto a los derechos humanos está consagrado a través de su contexto y en el caso del Pacto, este último ratificado por el Congreso mediante la Ley 74 de 1968 como bien aduce el recurrente, se predica la igualdad de todas las personas ante los Tribunales y Cortes de Justicia (Artículo 14) y la prohibición de discriminar a la persona entre otras cosas por la posición económica.

Sería inocuo insistir y recalcar sobre la prevalencia de estas normas en el ámbito del derecho interno; es un elemento de ello el reconocimiento consagrado en el artículo 93 de la Carta que reclama tal aspecto.

Al analizar el artículo 131 del C.C.A. se ha visto cómo no es incompatible con los principios de ésta, en especial con los de igualdad y el derecho de apelar las sentencias; cabrían los mismos argumentos y razones para sostener que tampoco se violan los consagrados en el ordenamiento supranacional pues iguales son los **fundamentos**. No se quebrantan por el hecho de que el juicio tenga una sola instancia el debido proceso es regla en las actuaciones administrativas y jurisdiccionales en cualquier instancia.

Una observación final debe hacerse en relación con la supuesta desigualdad y trato discriminatorio que aduce el recurrente, por la posición económica de la persona. El criterio objetivo de la diferenciación es innegable; no se hace ciertamente con respecto a la persona en sí misma, la norma es clara al señalar la asignación mensual correspondiente **al cargo** no al empleado. En numerosas oportunidades ha recalcado la Sala tal aspecto, hasta el punto de

que aquellos factores de retribución de rasgos personales se excluyen a efecto de determinar la aplicación de la norma, como sería el caso del subsidio familiar en consideración a los hijos o la prima de antigüedad, para mencionar algunos.

Es evidente que la prevalencia del Derecho Internacional y los principios allí consagrados tienen cabida en el ámbito del derecho interno para su aplicación cuando éste, a través de un juicio de comparación, racionalidad y proporción aparezca velatorio o en contradicción con aquéllos.

Estima la Sala que en el caso del *sub-lite* tuvo razón el Tribunal para negar el recurso, ya que como se observa para la fecha de presentación de la demanda, el 17 de febrero de 1992 según informa el Tribunal, la cuantía para efectos de la competencia con base en el factor indicado había sido reajustada con fundamento en las disposiciones del Decreto, artículo 4o. a la cantidad de \$170.000 y en tal virtud, no está dentro de las posibilidades del accionante como bien puede advertirse del certificado adjunto, aspecto que por lo demás, no ha sido objeto de impugnación o discusión con respecto al recurrente.

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

RESUELVE:

Estimase bien denegado el recurso de apelación en referencia.

Cópiese, notifíquese y remítase al Tribunal Administrativo de Risaralda

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su reunión del día diecisiete(17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz (ausente), Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

**DEMANDA - Requisitos / LEGITIMACION POR ACTIVA /
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO /CADUCIDAD**

Los actos demandados crearon situaciones particulares y concretas, no solo con relación a la empresa autorizada para cerrar definitivamente, sino también con sus trabajadores. Por lo tanto solo pueden ser controvertidas a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuesta oportunamente por quienes demuestren tener interés directo en las resultas del juicio, dado que la nulidad de tales actos implicaría la modificación o alteración de los derechos individuales y restablecimiento automático de los mismos. En este orden de ideas se concluye que la demanda no es admisible porque los accionantes no demuestran tener interés legítimo en las resultas del juicio, y para la fecha de su presentación, ya estaba caducada, Por haber transcurrido en exceso los 4 meses que señala la ley como de caducidad para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidos (22) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 8068, Actor: MARIA OLIVA FALLA MEDINA Y OTROS.

Los señores María Falla Medina, Jorge Enrique Caicedo Sánchez, Gladys Patiño, Virginia González, Amulfo Ramos Valencia, Bernardino Arias Vanegas, Rosalba Ordoñez Páez, Santos Hurtado Rengifo, Gustavo Oviedo Millán, Juan

Bautista Panameño, Carlos Humberto García Valencia, Jairo Antonio Figueroa Arboleda y José Doney Loaiza Castañeda, mediante apoderado solicitan en ejercicio de la acción de nulidad, que se declaren nulas las resoluciones 648 de 12 de agosto de 1991, 776 de 20 de septiembre de 1991 y 006612 de 27 de diciembre de 1991, expedidas por la Dirección Regional del Valle del Cauca, del Ministerio de Trabajo y seguridad Social las dos primeras, y por el Director General del Trabajo la última, mediante las cuales se autorizó el cierre definitivo de la empresa Chapas de Colombia S.A. y se le ordeno cancelar a todos y cada uno de los trabajadores el valor de salarios y prestaciones.

Claramente se observa que esos actos crearon situaciones particulares y concretas, no solo con relación a la empresa autorizada para cerrar definitivamente, sino también con sus trabajadores.

Por tanto, solo pueden ser controvertidos a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuesta oportunamente, por quienes demuestren tener interés directo en las resultas del juicio, dado que la nulidad de tales actos implicaría la modificación o alteración de derechos individuales y restablecimiento automático de los mismos.

En este orden de ideas se concluye que la demanda no es admisible porque los accionantes no demuestran tener interés legítimo en las resultas del juicio, y porque el 28 de enero de 1993, fecha de su presentación, ya estaba caducada, por haber transcurrido en exceso los 4 meses que señala la ley como de caducidad para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En consecuencia se resuelve:

Inadmitase la demanda presentada por los accionantes antes enumerados, por caducidad de la acción.

Reconocer como su apoderado al doctor Eusebio Camacho Hurtado de conformidad con el poder que le fue otorgado.

Devuélvanse a los interesados los documentos anexos sin necesidad de desglose y archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Clara Forero de Castro

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**DEMANDA - Ineptitud / ACTO DE TRAMITE / VIA
GUBERNATIVA - Agotamiento / RECURSOS/RECURSO DE
QUEJA / ACTO PRINCIPAL**

Ante la jurisdicción contencioso administrativa pueden demandarse las decisiones definitivas de la administración, las que resuelven el fondo del asunto poniendo fin a una actuación administrativa, mas no las de mero trámite. Para acudir a la vía jurisdiccional es preciso, agotar previamente la vía gubernativa. Pero lo que no es posible es acudir a la jurisdicción, para que por sentencia judicial se ordene a la administración que resuelva los recursos interpuestos por vía gubernativa. Cuando no se concede el recurso de apelación interpuesto contra un acto administrativo, el C.C.A. prevé el recurso de queja para que el superior jerárquico del funcionario declare si fue bien o mal denegado, y en este último caso, proceda a resolverlo en el fondo. Los demás no son obligatorios para agotar la vía gubernativa. Una vez interpuestos todos los recursos, si son denegados por la administración, el afectado puede acudir a la vía jurisdiccional para acusar el acto que puso fin a la actuación administrativa y los demás que se hubieran expedido por la administración y será la jurisdicción la que examine si en verdad se cumplió con el presupuesto procesal del debido agotamiento de la vía gubernativa que permite examinar el asunto en el fondo. Pero si no se demanda el acto principal, sino los actos que rechazaron los recursos interpuestos contra él, la demanda resulta inepta y debe inadmitirse.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidos (22) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente No. 8258, Actor: MINEROS DE ANTIOQUIA S.A.

La Sociedad Mineros de Antioquía S.A. Mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho solicita al Consejo de Estado hacer en sentencia estas declaraciones:

“1o. Declare la nulidad de las Resoluciones 004138. proferida el 30 de septiembre de 1992 por el Jefe de la División de Vigilancia y Control del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y la 006080 emitida por la Directora General de Vigilancia y Control del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el 17 de diciembre de 1992, mediante las cuales se le negó a Mineros de Antioquía S.A. el derecho a ser oída para agotar la vía gubernativa. es decir, a que se le estudiaran y resolvieran en un sentido u otro los recursos de reposición y apelación que interpuso contra la Resolución 002668, proferida el 2 de julio de 1992, por el Jefe de la División de Vigilancia y Control del Ministerio de Trabajo y seguridad Social.

“2o. Y, en consecuencia, restablezca el derecho de la demandante a que se le resuelvan tales recursos diciendo expresamente que la Resolución que impuso la multa no está en firme y, por lo mismo, no es ejecutable, con base en los argumentos con que fueron sustentados oportunamente, disponiendo que el Jefe de la División de Vigilancia y Control resuelva la reposición y conceda la apelación si aquélla es desfavorable y que la Directora General de Vigilancia y control resuelva la apelación, en la misma eventualidad”.

La demanda concebida en tales términos no es admisible.

En efecto, ante la jurisdicción contencioso administrativa pueden demandarse las decisiones definitivas de la administración, las que resuelven el fondo del asunto poniendo final a una actuación administrativa, más no las de mero trámite.

Ciertamente para acudir a la vía de jurisdiccional es preciso, como lo ordena el artículo 135 del C.C.A. , agotar previamente la vía gubernativa.

Pero lo que no es posible es acudir a la jurisdicción. como ocurre en el presente caso, para que por sentencia judicial se ordene a la administración que resuelva los recursos interpuestos por vía gubernativa.

SECCION SEGUNDA

Cuando no se concede el recurso de apelación interpuesto contra un acto administrativo, el Código Contencioso Administrativa prevé el recurso de queja para que el superior jerárquico del funcionario declare si fué bien o mal denegado, y en este último caso, proceda a resolverlo en el fondo. Los demás no son obligatorios para agotar la vía gubernativa.

Una vez Interpuestos todos los recursos, si son denegados por la administración, el afectado puede acudir a la vía jurisdiccional para acusar el acto que puso fin a la actuación administrativa y los demás que se hubieran expedido por la administración y será la jurisdicción la que examine si en verdad se cumplió con el presupuesto procesal del debido agotamiento de la vía gubernativa que permite examinar el asunto en el fondo.

Pero si, como en este caso, no se demanda el acto principal que impuso una multa, sino los actos que rechazaron los recursos interpuestos contra él, la demanda resulta inepta y debe inadmitirse.

Por lo expuesto se resuelve:

Inadmítase la demanda presentada por la Sociedad Mineros de Antioquía S.A., mediante, apoderado.

Reconócese como apoderado de la Sociedad Mineros de Antioquía S.A. al doctor Ramiro Calad Idárraga, en los términos del poder que le fué conferido.

Devuélvase al interesado los anexos sin necesidad de desglose y archive el Expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Clara Forero de Castro.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

INSUBSISTENCIA - Improcedencia / DESVIACION DE PODER

El ejercicio de la facultad discrecional del nominador respecto de los empleados que desempeñan un cargo público sin pertenecer a un sistema de carrera que les confiera relativa inamovilidad, ha sido entendido como conferida para el cumplimiento del propósito del buen servicio público, en principio; lo cual de suyo indica que corresponde a quien acusa tales actos, asumidos como ajustados a los preceptos que les sirven de sostén, demostrar los vicios que le aquejan. Es la tesis aceptada en forma reiterada por ésta jurisdicción.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 04403. Autoridades Departamentales.
Actor: DIEGO RESTREPO HOLGUIN.

Decide la Sala la apelación propuesta por la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca, contra la sentencia del 30 de junio de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo con sede allí, que accedió a las pretensiones de la demanda de DIEGO RESTREPO HOLGUIN.

La demanda acusada por desviación de poder la Resolución No. 1105 del 25 de julio de 1985 emanada de la Contraloría Departamental que declaró insubsistente el nombramiento de Diego Restrepo Holguín como Ingeniero Auxiliar adscrito a la dependencia en la Asesoría Técnica, porque no estaba

SECCION SEGUNDA

dirigida al buen servicio público sino a cumplir el pacto político de los dirigentes de las colectividades partidistas en esa jurisdicción, territorial para el nombramiento en la Asamblea Departamental del Contralor del Departamento, así como para la provisión de los diferentes empleos, motivación política que viciaría el acto de su desvinculación.

La demandada adujo en su defensa como excepción la Inhabilidad para postular contra la Entidad en el apoderado del actor porque había estado ligado a ella bajo un contrato administrativo de prestación de servicios y de mérito la correspondiente al ejercicio de la facultad del nominador para retirar del servicio a quien no está protegido con una relativa estabilidad.

Cumplida la etapa probatoria, oídas las partes a través de sus respectivas alegaciones y conocido el concepto fiscal (fl. 152) favorable a las pretensiones del demandante, para el Tribunal fueron medios convincentes y demostrativos de la desviación de poder acusada, la documental donde está contenido el pacto político y el estudio preliminar de la planta de personal de la Entidad distribuida por filiaciones políticas (fl. 3-10), la declaración de Fabio Lloreda Bonilla (fl. 108) y las actuaciones disciplinarias adelantadas por la Procuraduría General de la Nación que fenecieron con la solicitud de destitución del Contralor que produjo, entre otros, el acto acá acusado, y que obedeció la Asamblea Departamental (fl. 133-148), según las cuales sin perjuicio de haber ejercido, su facultad como nominador y no corresponder al empleo del actor a uno de carrera, demostró que el desinvertimiento se produjo para favorecer al grupo político al cual pertenecía el Contralor Departamental.

En el curso de la segunda instancia la demandada insiste en sus argumentos sobre todo el de la facultad discrecional de libre remoción de empleados del servicio civil que no pertenezcan a un sistema de carrera de la cual se halla Investido el Contralor respecto de los Empleados de la Entidad (fl. 78-180). Para la Fiscalía Quinta del Consejo de Estado, como no se desvirtuó la Legalidad del acto las peticiones no pueden prosperar, pues en su sentir el testimonio de Lloreda Bonilla no da la certeza de que la declaración de insubsistencia se debió a móviles políticos, sin que hubiera sido participe directo de los acontecimientos y sin estar legitimado para hacerlo abona algunas firmas de las que autorizan el citado acuerdo político; y en relación con este no es plena prueba de la persecución política sufrida por no haberse suscrito por el contralor y a pesar de existir el documento de la distribución de cargos políticos en la Entidad, no da certeza para concluir que el demandante fuera víctima del mismo (fl. 202).

Se ordenó la citación de José Emiro Realpe Muñoz por considerársele interesado en el asunto al haber sido designado para sustituir en el cargo al

demandante, pero al momento de cumplir la diligencia se obtuvo el informe según el cual ya no prestaba sus servicios a la Contraloría y aún si se posesionó del cargo (fls. 209-215) por lo cual no se insistió en la diligencia (fl. 216).

CONSIDERACIONES:

El ejercicio de la facultad discrecional del nominador respecto de los empleados que desempeñan un cargo público sin pertenecer a un sistema de carrera que les confiera relativa inamovilidad, ha sido entendido como conferida para el cumplimiento del propósito del buen servicio público, en principio; lo cual de suyo indica que corresponde a quien acusa tales actos, asumidos como ajustados a los preceptos que les sirven de sostén, demostrar los vicios que le aquejan. Es la tesis aceptada en forma reiterada por ésta jurisdicción.

En el asunto litigioso se debate nuevamente el punto de la desviación de poder del nominador por cuanto al desvincular al demandante, servidor público en un cargo de libre nombramiento y remoción, y no propiamente en aquellos que la jurisprudencia de la Sala ha definido como específicamente político, privó un fin partidista, grupista, por deber su origen al cumplimiento de un acuerdo político celebrado por jefes representativos de las colectividades partidistas en el seno de la Asamblea Departamental como acto previo a la elección del Contralor Departamental y aun por ir mas allá en el estudio y repartición de la nómina de cargos en su planta de personal, real motivo del acto Impugnado como de otros, y constituyente de una desviación de los fines del buen suceso del servicio público.

La Sala en pretéritas causas similares a ésta, como las de los expedientes números 3932 y 3962 concluyo que el propósito del acto litigado en verdad había sido el indicado por el actor, apoyado en fines diferentes a los que justifican la existencia constitucional y legal de las facultades discrecionales del nominador, como puede colegirse de los medios probatorios documentales, testimoniales e Indicamos que en su conjunto permiten llegar a dicha conclusión, tales como la fotocopia del acuerdo político mentado, así no hubiere sido suscrito por el Contralor, pero que con la copia del acta de la sesión de la Asamblea Departamental que le eligió se demuestran su pertenencia, postulación y elección debidas al acuerdo prenotado, al cual sujetó su gestión y ejercicio de estas facultades, que le merecieron el reproche disciplinario y la destitución del cargo y la manera ilegal como procedió aún en la supresión de cargos en la planta de la Entidad. En tal virtud, la sentencia debe confirmarse por cuanto el despacho de las excepciones formuladas fue correcto y ha sido demostrada en el proceso la desviación apuntada al acto acusado.

SECCION SEGUNDA

Aunque el Consejero Ponente no comparte la tesis mayoritaria de la Sala en cuanto a que deba ordenarse que del monto de las condenas se descuenten las sumas que el demandante pueda haber recibido por iguales conceptos del Tesoro Público, en la medida en que considera que éstas tienen el carácter de una indemnización por la ilegalidad en que incurrió la administración y no el de una segunda asignación, en los términos contemplados en los artículos 64 de la Constitución Nacional de 1886 y 128 de 1991, así lo dispondrá en la parte resolutive, sin salvamento de voto y únicamente con este acápite aclaratorio, habida cuenta de que en todos los otros aspectos su pensamiento coincide con el de los demás Magistrados que integran la Sala.

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

FALLA:

1. Confírmase la sentencia impugnada proferida el treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1988) por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el proceso instaurado por DIEGO RESTREPO HOLGUIN
2. Adiciónase dicho proveído en el sentido de que de las condenas fulminadas deberán descontarse las sumas que durante el mismo período haya recibido el doctor DIEGO RESTREPO HOLGUIN del Tesoro Público, por iguales conceptos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión del día 10 de junio de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz (ausente), Alvaro Lecompte Ruiz, Dolly pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**SINDICATO MIXTO - Improcedencia / IRRETROACTIVIDAD DE
LA LEY - Improcedencia / LEY EN EL TIEMPO**

Para la fecha en que fue dictada la resolución demandada, todavía no se había expedido la Ley 50 de 1990 que permite a los empleados oficiales constituir organizaciones sindicales mixtas, compuestas por trabajadores oficiales y empleados públicos, las cuales para el cumplimiento de sus funciones actuarán teniendo en cuenta las limitaciones establecidas por la ley en cuanto al nexo jurídico existente de sus afiliados con la administración. Lo anterior quiere decir que para la fecha en que fue proferido el acto administrativo acusado y para el momento en que fue instaurada la demanda, estaba prohibido integrar organizaciones sindicales mixtas, por lo que éste infringe las disposiciones pertinentes del C. S. del T. vigentes para esa época, como los artículos 414 y 416, que establecían tal restricción.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).*

Consejero Ponente: Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Referencia: Expediente No. 5162. Unica Instancia. Actor: HIMAT.

El Instituto Colombiano de Hidrología, Metereología y Adecuación de Tierras - HIMAT, mediante apoderado, en ejercicio de la acción pública de nulidad, solicita la declaración de nulidad de la resolución No. 004134 del 19 de octubre de 1989 proferida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante la cual se aprueban las reformas estatutarias de la organización sindical denominada Sindicato Nacional de Trabajadores Oficiales del Instituto

SECCION SEGUNDA

Colombiano del Hidrología, Metereología y Adecuación de Tierras "SINALTRAHIMAT" (folios 10 a 15).

En la demanda se citan como normas violadas con el acto administrativo impugnado los artículos 2, 10, 12, 18, 20 y 44 de la Constitución Política anterior; 1, 3, 12, 353, 354, 356, 358, 359, 362, 364, 366, 373, 374, 382, 405, 406, 409, 414, 416, 429 a 449 y 467 a 480 del Código Sustantivo del Trabajo; 5 del decreto No. 3135 de 1968; 4 del decreto No. 2127 de 1945 y 4 del decreto 1045 de 1978 (folio 18 vuelto).

En el desarrollo del concepto de la violación, la parte demandante manifiesta que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social al dictar la resolución impugnada se excedió en sus funciones al impartir aprobación a las reformas estatutarias de la organización sindical de primer grado y de base llamada "SINALTRAHIMAT", que consistieron fundamentalmente en la integración del sindicato por trabajadores oficiales y empleados públicos; que sobre el tópico se pronunció en forma adversa la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en fallo de 21 de mayo de 1990, cuyo Consejero Ponente fue el Doctor Reynaldo Arciniegas B; que de manera acertada esta Corporación en sesión celebrada el 4 de mayo de 1990 declaró nula la resolución No. 02935 de 10 de septiembre de 1985 expedida por el referido ministerio y, por ende, sin valor el reconocimiento de personería jurídica al Sindicato de Trabajadores Oficiales y Empleados Públicos de la Zona Franca Industrial, y Comercial de Cartagena "SINTRASOFOICAR". (folios 17 y 17 vuelto).

La parte actora solicitó la suspensión provisional del acto administrativo enjuiciado (folios 18 y 18 vuelto), la cual fue negada, por las razones que aparecen expuestas en auto de 9 de abril de 1991 (folios 50 a 54).

La doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado, en su concepto de fondo de 23 de septiembre de 1991 (folios 74 a 85), opina que no era dable jurídicamente en el caso *sub-lite* reconocer personería jurídica al citado sindicato., razón por la cual se debe acceder a las pretensiones del escrito demandatorio.

Señala la agencia del Ministerio Público que al momento de preferirse el acto acusado no se había dictado la ley 50 de 1990; que con antelación a la vigencia de esta estaba prohibida la creación de sindicatos mixtos, no solo desde el punto de vista legal sino que esta situación había sido objeto de varias providencias en el mismo sentido; que el acto impugnado debe juzgarse a la luz de las disposiciones vigentes al momento de haberse expedido, lo cual significa que es nulo por haber infringido el artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que no era posible crear en las entidades descentralizadas un sindicato mixto;

que de conformidad con el referido artículo está claro que los sindicatos de empleados públicos son diferentes y se contraponen a los sindicatos de trabajadores oficiales; que implícitamente esta norma hace la separación entre estas dos clases de organizaciones sindicales, excluyendo de esta forma por lo menos en relación con los empleados públicos, la posibilidad de asociarse a sindicatos distintos a los de su propia naturaleza; que de otro lado, el artículo 416 *ibidem* recalca sobre la diferencia de los sindicatos, cerrando así la posibilidad de que estos puedan, estar integrados de manera indiscriminada por empleados públicos y trabajadores oficiales; que así las cosas, las disposiciones analizadas excluyen la viabilidad de crear sindicatos mixtos, conformados por aquellas modalidades de servidores del Estado.

Agotado el trámite del proceso y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a proferir sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Como lo destaca la agencia del Ministerio Público, de la vigencia de la ley 50 de 28 de diciembre de 1990 estaba prohibida la creación de sindicatos mixtos, es decir, de trabajadores oficiales y empleados públicos, criterio también reiterado por la Sala entre otras providencias y en la sentencia de 21 de mayo de 1990 expediente No - 2096 y única instancias actor: Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Ahora bien, para la fecha en que fue dictada la resolución No. 004134 de 19 de octubre de 1989 Por el Ministerio de Trabajo Y Seguridad Social todavía no se habla expedido la citada ley 50 de 1990 que permite a los empleados oficiales constituir organizaciones sindicales mixtas, compuestas por trabajadores oficiales y empleados públicos, las cuales para el cumplimiento de sus funciones actuarán teniendo en cuenta las limitaciones establecidas por la ley en cuanto al nexo jurídico existente de sus afiliados con la administración.

Lo anterior quiere significar que para la fecha en que fue Proferido el acto administrativo acusado y para el momento en que fue instaurada la demanda, estaba prohibido integrar organizaciones les sindicales mixtas, por lo que este infringe las disposiciones pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo vigentes para esa época, como los artículos 414 y 416 de dicho Código, que establecían tal restricción, como lo afirma acertadamente la doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado.

SECCION SEGUNDA

En la aludida sentencia de 21 de mayo de 1990, dijo la Corporación:

“Yendo al fondo del asunto, se advierte que los llamados “sindicatos mixtos”, integrados por trabajadores oficiales y por empleados públicos, son formaciones grotescas que no pueden encajar en la ley, que tiene establecida una tajante diferencia entre los dos tipos de sindicatos, dada su naturaleza y sus funciones. Esa diferencia tiene una raíz profunda pues arranca de la iniciación misma de la vinculación laboral, que en un caso es de carácter contractual y en el otro, de carácter legal y reglamentario o estatutario.

Cierto es que el derecho de asociación está consagrado en la Carta para **todos los trabajadores**, pero no lo es menos que, en tratándose de sindicatos, su creación, organización, reconocimiento de personería, funcionamiento, etc. aparecen específicamente reglamentados en la ley.

Pues bien: si cuando el legislador no distingue, no le está permitido al intérprete distinguir, también es válido el postulado de que, si el legislador distingue, no le es lícito al intérprete dejar de distinguir, confundiendo o mezclando lo que de suyo es diferente, homogéneo y simple y, sobretodo, autónomo.

Sin embargo, no solo por la diversidad de naturalezas y funciones no es posible que un sindicato esté integrado simultáneamente por trabajadores oficiales y empleados públicos, sino también porque el Estatuto legal que regula las relaciones colectivas de trabajo establece precisa y clara diferencia entre los sindicatos de trabajadores oficiales y los de empleados públicos, así: ...”

Y más adelante se sostuvo en la citada providencia:

En suma, resulta imperioso concluir que la acusación debe prosperar, porque en el acto enjuiciado se hizo caso omiso de la distinción legal entre empleados públicos y trabajadores oficiales, no obstante estar sujetos régimen diferente que imposibilitar que una organización sindical está integrada por unos y otros para ejercer derechos que van por cauces separados.”

Siendo aplicable en el caso *sub-judice* lo sostenido por la Sala en la comentada sentencia, las súplicas impetradas en el libelo tienen vocación de prosperidad.

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

FALLA:

Declárase la nulidad de la resolución No. 004134 de 19 de octubre de 1989 expedido por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social "Por la cual se aprueban las reformas estatutarias de una organización sindical, denominada SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES OFICIALES DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE HIDROLOGÍA, METEOROLOGÍA Y ADECUACIÓN DE TIERRAS "SINALTRAHIMAT".

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 10 de Junio de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz (ausente), Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

Nota de Relatoria: Ritera, además, la jurisprudencia sentada en la sentencia de fecha 21 de mayo de 1990, Exp. 2096, Actopr. Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena, Ponente: Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker, sobre la improcedencia de constituir sindicatos mixtos.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Causales /
DOCUMENTO FALSO - Inexistencia / SENTENCIA DE
INEXEQUIBILIDAD**

No se configura la causal de revisión primeramente invocada, pues no es lo mismo el concepto de falsedad documental, que los efectos de la declaratoria de inexecutable de una norma. La falsedad hace relación a la falta de verdad consignada en un documento y que la autoridad judicial, mediante providencia debidamente expedida, así lo declare, mientras que la inexecutable es la declaración que hace el juez competente, en este caso, la sentencia que profirió la Corte Suprema de Justicia, sobre la inconformidad de la norma con la Carta Política.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Causales /
PRUEBA RECOBRADA - Inexistencia**

Se puede hablar de prueba recobrada, cuando ésta inicialmente se encuentra extraviada o refundida y luego se recupera y que antes el interesado no estuvo en condiciones de aportarla. Es decir, "recobrar" implica que se hubiere perdido algo, que más tarde se recupera. En ese orden de ideas, para que se configure la causal, es indispensable que el recurrente hubiera estado durante todo el proceso en imposibilidad de aportar la prueba, imposibilidad derivada de fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria, circunstancia que en el *sub-lite*, no se configura en la declaratoria de inexecutable del artículo 85 de la Ley 32 de 1986.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y tres 1993.

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 5610. Actor. **MUNICIPIO DE FLORENCIA (ANGEL ALBERTO GARZON LEON).**

Decide la Sala el recurso extraordinario de revisión, interpuesto mediante apoderado judicial, por el Municipio de Florencia, contra la sentencia de agosto 17 de 1990, Proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá.

ANTECEDENTES

1. La demanda de instancia.

El señor ANGEL ALBERTO GARZON LEON, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, acudió en demanda ante el Tribunal Administrativo del Caquetá para solicitar se declare que ha operado el fenómeno del silencio administrativo, en relación con la petición formulada el 27 de Julio de 1987, sobre reconocimiento y pago de la prima extracarcelaria decretada mediante la Ley 32 de 1986 y decreto 259 de 1938, a favor del personal de custodia y vigilancia de los establecimientos de reclusión dependientes de la Dirección General de Prisiones en donde se reciban personas detenidas a órdenes del Departamento.

Así mismo, solicitó la nulidad de los actos administrativos implícitos de carácter negativo y se ordene al Municipio pagar al actor la prima equivalente al 20% sobre el sueldo mensual que devengó o devenga como Guardián de la Cárcel Judicial del Circuito de Florencia, a partir del 1o. de noviembre de 1984, hasta el 31 de diciembre de 1987, inclusive y al pago de intereses comerciales que se hayan causado durante los primeros seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del fallo y moratorios después de dicho término.

2. La sentencia recurrida.

El Tribunal Administrativo del Caquetá, mediante la sentencia materia del recurso extraordinario de revisión, declaró no probada la excepción de pago de lo no debido propuesta por la parte demandada y condenó al Municipio de Florencia a pagar al actor la prima extracarcelaria, equivalente al 20% de la asignación mensual, por el lapso comprendido entre el 28 de julio de 1984 y el 27 de Julio de 1987.

SECCION SEGUNDA

3. El Recurso.

El Municipio de Florencia, por intermedio de apoderado debidamente constituido, interpuso oportunamente recurso de revisión contra la sentencia antes referida, con fundamento en las causales primera y segunda, consagradas en el artículo 188 del C.C.A.

Afirma que la sentencia cuya revisión solicita, fué dictada con base en documento falso, pues el texto del artículo 85 de la Ley 132 de 1986, fué declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, dejándolo sin efecto jurídico alguno y que en la sentencia se oculta la mencionada declaratoria de inexecutable.

En relación con la causal segunda de revisión invocada, expresa que "en estos momentos se ha recuperado copia de la sentencia por la cual la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable el artículo 85 de la Ley 132 de 1986".

Con esta pieza, el Tribunal de instancia habría proferido una decisión diferente.

4. Contestación de la demanda.

El auto admisorio del recurso extraordinario de revisión, fué notificado legalmente al señor ANGEL ALBERTO GARZON LEON (actor en la instancia), quien constituyó apoderado y contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad del recurso, para lo cual en síntesis, expuso las siguientes razones:

- El Tribunal no profirió la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados, puesto que la edificó sobre el contenido del artículo 28 del Decreto 259 de 1938, en concordancia con el artículo 85 de la Ley 32 de 1986.

- El hecho de que la Corte Suprema de Justicia, en decisión de septiembre 12 de 1990, hubiera declarado inexecutable el artículo 85 de la Ley 32 de 1986, no indica que de ahí en adelante, su aplicabilidad se tenga como una falsedad.

Será inexistente la norma por haber perdido su vida jurídica por la declaratoria de inexecutable, pero no podrá alegarse falsedad o utilización de documentos falsos.

- Si bien cuando se dictó la sentencia, el artículo 85 de la Ley 32 de 1986 había perdido su vigencia por la declaratoria de inexecutable, el fallo recurrido también tuvo como soporte jurídico el Decreto 259 de 1938.

- Que en cuanto a la causal segunda de revisión invocada por el Municipio, tampoco se configura, pues la sentencia de inexequibilidad nunca fué ocultada por la Corte Suprema de Justicia, para que no la conociera la ciudadanía.

5. El Concepto Fiscal.

La Fiscal Quinta de la Corporación en su vista de fondo, emite concepto adverso a la prosperidad del recurso, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Es evidente que no se cumple ninguno de los requisitos señalados en las causales de revisión invocada, porque de un lado no ha existido sentencia de la justicia penal que declare que se ha cometido el delito de falsedad y de otro, si bien el fallo recurrido se basó en una norma declarada inexecutable, también lo es que dicho precepto, no fué el único soporte legal.

En cuanto a la segunda causal invocada, "si se recobraren piezas decisivas después de dictada la sentencia con las cuales hubiera podido proferir una decisión diferente que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria", estos presupuestos no se dan en el presente caso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se contrae la controversia a dilucidar, si en la sentencia de agosto 17 de 1990, se configuran las causales de revisión consagradas en los numerales 1º. y 2º. del artículo 188 del C.C.A.

Las referidas causales disponen:

1) Haber dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.

2) Si se recobraren pruebas decisivas después de dictada la sentencia con las cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente, que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria;

Se afirma en el recurso extraordinario de revisión, que el Tribunal Administrativo del Caquetá, dictó la sentencia con fundamento en documento falso o adulterado, en consideración a que la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable el artículo 85 de la Ley 32 de 1986, norma esta que sirvió al aquo de fundamento para dictar la sentencia.

SECCION SEGUNDA

No se configura la causal de revisión primeramente invocada, pues no es lo mismo el concepto de falsedad documental, que los efectos de la declaratoria de inexecutable de una norma.

La falsedad hace relación a la falta de verdad consignada en un documento y que la autoridad judicial, mediante providencia debidamente expedida, así lo declare, mientras que la inexecutable es la declaración que hace el juez competente, en este caso, la sentencia que profirió la Corte Suprema de Justicia, sobre la inconformidad de la norma con la Carta Política.

Sostiene el recurrente igualmente, que se configura la causal segunda de revisión, porque al haber sido expedida por la Corte Suprema de Justicia, la sentencia que declaró la inexecutable del artículo 85 de la Ley 32 de 1986, se ha recobrado una pieza decisiva con la cual el Tribunal Administrativo del Caquetá habría proferido una decisión diferente.

Sobre este particular es preciso señalar que, se puede hablar de prueba recobrada, cuando esta inicialmente se encuentra extraviada o refundida y luego se recupera y que antes el interesado no estuvo en condiciones de aportarla. Es decir, se puede hablar de prueba recobrada, cuando esta inicialmente se encuentra extraviada o refundida y luego se recupera y que antes el interesado no estuvo en condiciones de aportarla. Es decir, "recobrar" implica que se hubiere perdido algo, que más tarde se recupera.

En ese orden de ideas, para que se configure la causal, es indispensable que el recurrente hubiera estado durante todo el proceso en imposibilidad de aportar la prueba, imposibilidad derivada de fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria, circunstancia que en el *sub-lite*, no se configura en la declaratoria de inexecutable del artículo 85 de la Ley 32 de 1986.

Además, como lo anota el agente del Ministerio Público, la sentencia recurrida, no sólo se fundamentó en el artículo 85 de la Ley 32 de 1986, sino también en el Decreto 259 de 1938.

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 los planteamientos expuestos por el Fiscal de la Corporación,

FALLA

NO PROSPERA EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN, interpuesto por el Municipio de Florencia, contra la sentencia de agosto 17 de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá.

Ejecutoriada esta decisión, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese notifíquese y cúmplase

La anterior providencia, fué discutida y aprobada por la Sala en sesión del día diez (10) de Junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, (ausente); Alvaro Lacompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**PERSONAL DOCENTE - Estabilidad / ESCALAFON
DOCENTE / PENSION DE JUBILACION / EDAD DE RETIRO
FORZOSO**

El docente escalafonado en la carrera tiene derecho a la estabilidad en el cargo que desempeña, aún en el evento de que se encuentre disfrutando de pensión de jubilación, siempre y cuando no haya llegado a la edad de 65 años para su retiro forzoso y no este demostrado que carezca de aptitud física y mental para el cumplimiento de las actividades docentes que le hayan sido asignadas.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos A. Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 5925. Autoridades Departamentales. Actor:
LEONCIO CIRO ZULUAGA.

En grado de consulta ha venido a esta sección del concejo de estado la sentencia de 22 de abril de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

ANTECEDENTES:

El señor Leoncio Ciro Zuluaga en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", presentó demanda ante el tribunal a fin de que se declare nulo el decreto No. 1803 del 3 de mayo de 1989 expedido por el Gobernador del Departamento de

Antioquia, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor como supervisor docente en el distrito educativo 16, con sede en el municipio de Sonsón (folio 2).

Como restablecimiento del derecho, pidió la parte demandante se ordene a la Nación y al Departamento de Antioquia reintegrar al actor en el cargo que desempeñaba, el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar, y que no ha existido solución de continuidad en la prestación de sus servicios (folios 11 y 12).

Como disposiciones violadas el *libelo* cita, los artículos 17 y 30 de la Constitución Política anterior; 85 del Código Contencioso Administrativo; 1, 2, 3, 27, 28, 31, 36 y 68 del decreto 2277 de 1979; 5 del decreto ley 224 de 1972 (folio 18).

En el desarrollo del concepto de la violación se expresa que en el caso *sub-judice* se desincorpora del servicio de manera abiertamente ilegal a un educador en ejercicio y escalafonado, llamado a desempeñar un cargo directivo docente; que en este asunto se está ante un abuso de poder al retirar a un docente sin sujeción a las disposiciones legales. y, por ende, causándole una lesión a sus derechos; que el nombramiento del demandante se declara insubsistente como si se tratara de un empleado de régimen ordinario de libre nombramiento y remoción; que la desvinculación del servicio se produjo sin la previa exclusión del escalafón nacional docente y sin que él hubiera cumplido los 65 años de edad para el retiro forzoso; que el ejercicio de la docencia no es incompatible con el goce de la pensión de jubilación, siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para las tareas docentes; que el acto administrativo impugnado no fue motivado, por lo que se violó el decreto 1950 de 1973; que si los motivos del retiro de la administración fueron por razón de que el demandante gozaba de pensión de jubilación, se desconoció el derecho de compatibilidad entre el sueldo y la pensión (folios 18, 19 y 20).

LA SENTENCIA CONSULTADA

El *a-quo*, en la sentencia consultada (folios 124 a 131), señaló que tal como, lo ha dicho el tribunal en varias ocasiones, acorde con lo estatuido en la ley 43 de 1975, a partir del 1o. de enero de 1981 el servicio oficial de la educación primaria y secundaria es de carácter nacional; que como el actor hacía parte de un servicio nacionalizado, el Departamento de Antioquia no puede ser, llamado como demandado al proceso; que el demandante se encuentra inscrito en el grado 11 del escalafón nacional docente y el empleo que ocupaba es de carácter docente; que según las normas del estatuto docente, el educador escalafonado tiene derecho a la estabilidad, es decir, a permanecer en el servicio mientras no

SECCION SEGUNDA

haya sido excluido del escalafón o haya llegado a los 65 años de edad para el retiro forzoso; que el actor cumplió esta edad el 15 de noviembre de 1990, por lo que las súplicas del *libelo* respecto de la Nación serán atendidas, sin que proceda el reintegro al cargo; que se dispondrá el descuento de las sumas de dinero que el demandante hubiere percibido del Tesoro Público por honorarios de origen contractual, salarios y prestaciones sociales; que es preciso anotar que la desvinculación del servicio sin que se cumpla previamente con el proceso disciplinario para la exclusión del escalafón no implica vicio de incompetencia, como se sostiene en el escrito demandatorio, sino expedición irregular del acto.

LA VISTA FISCAL

La doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado en su concepto de fondo, es de opinión se confirme la sentencia consultada, puesto que. él cargo que desempeñaba el demandante es de carácter docente a términos del artículo 2o. del estatuto docente; que el actor estaba inscrito en el escalafón en el grado 11 y por consiguiente se encontraba sujeto a un régimen especial; que los derechos propios de la carrera docente lo amparaban hasta cuando cumplieran la edad de 65 años o hasta que fuera excluido de ella, según las disposiciones que regulan materia; que sí el demandante disfrutaba de dos pensiones de jubilación y además devengaba sueldo como supervisor, son situaciones posibles de controlar a través de otros mecanismos jurídicos diferentes a la declaratoria de insubsistencia consignada en el acto acusado y que no se podrá dar hasta que fuera excluido del escalafón; que así las cosas en el caso *sub-examine* se infringió el artículo 31 del decreto 2277 de 1979.

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Comparte la Sala el criterio de la agencia del Ministerio Público de que la sentencia consultada de 22 de abril de 1991, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, amerita ser confirmada, pues como lo ha sostenido la Corporación en numerosas oportunidades el docente escalafonado en la carrera tiene derecho a la estabilidad en el cargo que desempeña; aún en el evento de que se encuentre disfrutando de pensión de jubilación, siempre y cuando no haya llegado a la edad de 65 años para su retiro forzoso y no esté demostrado que carezca de aptitud física y mental para el cumplimiento de las actividades docentes que le hayan sido asignadas.

En el proceso está acreditado que el actor nació el 15 de noviembre de 1925 (folio 5), es decir, que para el momento en que se dictó el acto acusado no

tenía 65 años de edad; que es pensionado del Departamento de Antioquia y también por CAJANAL (folios 40 y 63); asimismo que se encontraba inscrito en el escalafón docente en el grado 11 según la resolución No. 219 de 9 de junio de 1981 expedida por la Junta Seccional de Escalafón del Departamento de Antioquia (folio 9); que no estaba suspendido ni excluido del escalafón nacional docente (folios 36 y 40).

Así las cosas, el demandante no podía ser desvinculado del servicio en la forma como se hizo mediante el decreto enjuiciado No. 1803 de 3 de mayo de 1989, proferido por el Gobernador del Departamento de Antioquia, sin previa evaluación deficiente de su rendimiento laboral o a través de proceso disciplinario previo, de conformidad con las disposiciones pertinentes que regulan la materia.

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 consultada proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 22 de abril de 1991, en el proceso incoado por el señor Leoncio Ciro Zuluaga con el fin de obtener la nulidad del decreto No. 1803 de 3 de mayo de 1989 dictado por el Gobernador de ese Departamento, mediante el cual se declaró insubsistente su nombramiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, (ausente); Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

**PERSONAL DOCENTE / PENSION DE JUBILACION / SALARIO
- Compatibilidad - PERSONAL DOCENTE - Estabilidad /
ESCALAFON DOCENTE / Exclusión / EDAD DE RETIRO
FORZOSO.**

El disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad; de igual manera, que ellos tienen derecho a permanecer en el servicio mientras están física y mentalmente aptos para el ejercicio de sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso (65 años); por tanto, la Administración no puede retirarlos libremente del servicio, sin excluirlos del escalafón, salvo que se den las circunstancias mencionadas. De conformidad con los medios de prueba que obran en el expediente, es claro que el actor reunía todos los requisitos indispensables para permanecer en el cargo, por lo cual tanto el análisis hecho por el Tribunal como su decisión favorable se ajustan a derecho y por ello habrá de confirmarse la sentencia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D. C., junio veintitrés (23) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 6507. Autoridades Nacionales. Actor: OLMEDO MUÑOZ ZUÑIGA.

Procede la Sala a resolver el grado de consulta respecto de la sentencia proferida el 21 de noviembre de 1.991 por el Tribunal Administrativo del Cauca, dentro del proceso instaurado por Olmedo Muñoz Zúñiga.

LA DEMANDA:

En la demanda se pide la nulidad del Decreto No. 0506 del 19 de abril de 1989, dictado por el Gobernador del Departamento del Cauca, mediante el cual se retiró del servicio docente al actor; así mismo, declarar que no hay solución de continuidad para efectos prestacionales; el reintegro con el pago de salarios dejados de devengar (incluidos los incrementos anuales) y las prestaciones correspondientes; ajustes de valor e intereses comerciales y moratorios.

Las peticiones se sustentaron en el hecho de que el actor era docente escalafonado, no había llegado a la edad de 65 años (retiro forzoso), se encontraba en plenitud de sus condiciones físicas y mentales para trabajar, gozaba de inamovilidad y no podía ser retirado mediante simple declaratoria de insubsistencia.

POSICION DEL DEMANDADO:

Tanto la Nación (Ministerio de Educación Nacional), como el Departamento del Cauca designaron apoderado, contestaron la demanda oponiéndose a sus pretensiones y propusieron excepciones.

LA SENTENCIA:

El *a-quo* declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento del Cauca, decretó la nulidad del acto acusado y accedió a los demás pedimentos, condenando a la Nación (Ministerio de Educación).

EL CONCEPTO FISCAL;

La Fiscal Quinto de la Corporación es del parecer de que debe confirmarse la sentencia consultada.

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos semejantes al presente, y rectificando la jurisprudencia anterior, ha dicho que el disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad; de igual manera, que ellos tienen derecho a permanecer en el servicio mientras están física y mentalmente aptos para el ejercicio de sus

SECCION SEGUNDA

tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso (65 años); por tanto, la Administración no puede retirarlos libremente del servicio, sin excluirlos del escalafón, salvo que se den las circunstancias mencionadas.

En sentencia del 15 de marzo de 1989, dijo la Sala con ponencia del Consejero doctor Alvaro Lecompte Luna (Exp. No. 89512257.- Actor: Luis Bernardo Castro Garzón), lo siguiente:

“Porque en verdad, releendo con más detenimiento las normas en cita (se refiere a los decretos leyes 224 de 1972 y 2277 de 1979), al observar que el ejercicio de la docencia “no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario está mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir 65 años de edad”, indudablemente la disposición **consagra un derecho** en favor de los docentes, que priva a la Administración de la facultad discrecional de desvincularlos del beneficio que la ley ha establecido para ellos, de una manera incompleta desde la ley 12, y que ha venido consolidándose a través de leyes posteriores.”

De conformidad con los medios de prueba que obran en el expediente, es claro que el actor reunía todos los requisitos indispensables para permanecer en el cargo, por lo cual tanto el análisis hecho por el Tribunal como su decisión favorable se ajustan a derecho y por ello habrá de confirmarse la sentencia.

No obstante que el Consejero Ponente no comparte la tesis mayoritaria de la Sala en cuanto a que deba ordenarse descontar las sumas que el demandante haya percibido por iguales conceptos durante el lapso que permanezca separado del servicio, en cuanto considera que tienen un carácter indemnizatorio y no el de “segunda asignación”, en los términos de los artículos 64 de la Carta del 86 y 128 de la del 91, incluirá dicha orden en la parte resolutive sin salvar su voto y únicamente con este *acápite* aclaratorio, en cuanto en los demás aspectos su pensamiento coincide a cabalidad con el de los otros miembros de aquélla.

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 proferida el 21 de noviembre de 1991 por el Tribunal Administrativo del Cauca, dentro del proceso instaurado por Olmedo Muñoz Zúñiga contra el Decreto No. 506 del 19 de abril de 1989, expedido por

EXP. -6507

el Gobernador del Departamento del Cauca, con la adición de que deberán descontarse de las condenas las sumas que haya recibido el actor del Tesoro Público durante el mismo período, salvo las percibidas por concepto de la pensión de jubilación y demás emolumentos que por expresa autorización legal puedan devengar los docentes, conjuntamente con ella.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del 3 de junio de 1.993.

Diego Younes Moreno, Presidente; Joaquín Barreto Ruíz (ausente), Alvaro Lecompte Luna, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**PERSONAL DOCENTE / PENSION DE JUBILACION / SALARIO -
Compatibilidad / EDAD DE RETIRO FORZOSO**

El disfrute de la pensión de jubilación , que ellos tienen derecho a permanecer en el servicio mientras estén física y mentalmente aptos para el ejercicio de sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso (65 años); por tanto, la Administración no puede retirarlos libremente del servicio, sin excluirlos del escalafón, salvo que se den las circunstancias mencionadas.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá D.C., veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 65111.-Autoridades Nacionales.- Actor: HERNILDA PERDOMO DE MARULANDA.-

Procede la Sala a resolver el grado de consulta respecto de la sentencia proferida el 19 de noviembre de 1991 por el Tribunal Administrativo del Cauca, dentro del proceso instaurado por Hernilda Perdomo de Marulanda.

LA DEMANDA:

En la demanda se pide la nulidad del Decreto No. 0274 del 6 de marzo de 1989, dictado por el Gobernador del Departamento del Cauca, mediante el cual se retiró del servicio docente a la actora; así mismo, declarar que no hay solución de continuidad para efectos prestacionales; el reintegro con el pago de salarios dejados de devengar (incluidos los incrementos anuales) y las

prestaciones correspondientes; ajustes de valor e intereses comerciales y moratorios.

Las peticiones se sustentaron en el hecho de que la actora era docente escalafonada, no había llegado a la edad de 65 años (retiro forzoso), se encontraba en plenitud de sus condiciones físicas y mentales para trabajar, gozaba de inamovilidad y no podía ser retirado mediante simple declaratoria de insubsistencia.

POSICION DEL DEMANDADO:

Tanto la Nación (Ministerio de Educación Nacional), como el Departamento del Cauca designaron apoderado, contestaron la demanda oponiéndose a pretensiones y propusieron excepciones.

LA SENTENCIA:

El *a-quo* declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento del Cauca, decretó la nulidad del acto acusado y accedió a los demás pedimentos, condenando a la Nación (Ministerio de Educación).

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos semejantes al presente, y rectificando la jurisprudencia anterior, ha dicho que, el disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, de igual manera, que ellos tienen derecho a permanecer en el servicio mientras estén física y mentalmente aptos para el ejercicio de sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso (65 años); por tanto, la Administración no puede retirarlos libremente del servicio, sin excluirlos del escalafón, salvo que se den las circunstancias mencionadas.

En sentencia del 15 de marzo de 1989, dijo la Sala con ponencia del Consejero doctor Alvaro Lecompte Luna (Exp. No. 89512257.- Actor: Luis Bernardo Castro Garzón), lo siguiente:

“Porque en verdad, relejendo con más detenimiento las normas en cita (se refiere a los decretos leyes 224 de 1972 y 2277 de 1979), al observar que el ejercicio de la docencia “no será incompatible con el goce de la

SECCION SEGUNDA

pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir 65 años de edad”, indudablemente la disposición **consagra un derecho** en favor de los docentes, que priva a la Administración de la facultad discrecional de desvincularlos del beneficio que la ley ha establecido para ellos, de una manera incompleta desde la ley 12, y que ha venido consolidándose a través de leyes posteriores.”

De conformidad con los medios de prueba que obran en el expediente, es claro que el actor reunía todos los requisitos indispensables para permanecer en el cargo, por lo cual tanto el análisis hecho por el Tribunal como su decisión favorable se ajustan a derecho y por ello habrá de confirmarse la sentencia.

No obstante que el Consejero Ponente no comparte la tesis mayoritaria de la Sala en cuanto a que deba ordenarse descontar las sumas que el demandante haya percibido por iguales conceptos durante el lapso que permanezca separado del servicio, en cuanto considera que tienen un carácter indemnizatorio y no el de “segunda asignación”, en los términos de los artículos 64 de la Carta del 86 y 128 de la del 91, incluirá dicha orden en la parte resolutive sin salvar su voto y únicamente con este acápite aclaratorio, en cuanto en los demás aspectos su pensamiento coincide a cabalidad con el de los otros miembros de aquella,

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 proferida el 19 de noviembre de 1991 por el Tribunal Administrativo del Cauca, dentro del proceso instaurado por Hernilda Perdomo de Marulanda contra el Decreto No. 0274 del 6 de marzo de 1989, expedido por el Gobernador del Departamento del Cauca, con la, adición de que deberán descontarse de las condenas las sumas que haya recibido la actora del Tesoro Público durante el mismo período, salvo las percibidas por concepto de la pensión de jubilación y demás emolumentos que por expresa autorización legal puedan devengar los docentes, conjuntamente con ella.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutido y aprobada por la Sala en su reunión del 3 de junio de 1993.

EXP. -6511

*Diego Younes Moreno, Presidente; Joaquín Barreto Ruiz, (ausente);
Alvaro Lecompte Luna, Clara Romero Forero de Castro, Dolly Pedraza de
Arenas, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**Nota de Relatoría: Se reitera la sentencia de 15 de marzo de 1989,
Exp. 895-12257, Ponente: Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA, Actor: LUIS
BERNARDO CASTRO GARZÓN.**

LEGITIMACION POR PASIVA - Ausencia.

La sala no encuentra a derecho la decisión del *a-quo* en el sentido de negar las suplicas de la demanda no obstante observar que se configura una ausencia o falta de legitimación en la causa por pasiva al no ser el Departamento de Antioquia el sujeto obligado a la prestación reclamada, lo que impide dictar sentencia de fondo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 4904. Autoridades Departamentales. Actor: CERON MACARIO FIGUEROA VILLA.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de noviembre 24 de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el proceso iniciado por Cerón Macario Figueroa Villa.

En el escrito introductorio la parte actora solicito ante el citado tribunal se hicieran las siguientes o similares declaraciones (folios 34 y 48 cdno. ppal.):

“PRIMERA: Que el demandante CERON MACARIO FIGUEROA VILLA en su condición de Supervisor Docente, ES UN EMPLEADO DEL ORDEN DEPARTAMENTAL, al servicio del Departamento de Antioquia en la Secretaria de Educación y cultura del Departamento de Antioquia y que lo ha sido desde su nombramiento-.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se declare tanto la nulidad tanto del acto negativo presunto, deducido del silencio administrativo que se opero con relación a la petición formulada el 16 de mayo de 1986 por el señor Macario Figueroa Villa como de la resolución # 35.079 del 27 de marzo de 1987, por medio de la cual el gobernador de Antioquia NO REVOCO dicho acto negativo y presunto, que así quedó confirmado por ser uno y otro violat6rios de la ley.

TERCERA: Que se condene al Departamento de Antioquia a pagarle al demandante las sumas de dinero que este ha devengado y se han causado en su favor por sueldos, primas, vacaciones y dem6s prestaciones establecidas por tal entidad en beneficio de sus empleados, con deducci6n de aquellas cantidades que el demandante hubiere recibido del demandado o de otra entidad por los mismos conceptos, todo a partir del mes de enero de 1983 hasta cuando se restablezca el pago de sus derechos como empleado del orden departamental que el es desde su nombramiento"- (folio 34 cdno. ppal).

Como disposiciones violadas el libelo cita "los arts. 17 y 30 de la Constituci6n Nacional; las disposiciones de la ley 43 de 1975 en concordancia con los Decretos 102 de 1976 y 181 de 1982, por virtud de los cuales, al violarlos, se incurri6 en violaci6n por aplicarlos indebidamente, de los Dos. Nacionales -282 de 1983, 456 de 1984, 134 de 1985, 111 de 1986, 188 de 1987 y 188 de 1988 y consecuentemente resultaron violados los Dos. Departamentales -1928- de 1981, -97- de 1983, 405 de 1984, 705 de 1985, 1854 de 1985, y dem6s disposiciones con ellos concordantes, al dejar de aplicarlos en favor del demandante en orden a liquidar sus derechos laborales consultando sus disposiciones"- (folio 84- *ibidem*)

El concepto de la violaci6n se expone como aparece a folios 34 al 41 del cuaderno principal.

El *a-quo* se declar6 inhibido para decidir en el fondo por ineptitud sustantiva de la demanda (folios 126 a 134 *ibidem*), apoy6ndose para el efecto en pronunciamiento de dicha corporaci6n de Agosto 4 de 1989.

Por su parte el actor, en el escrito de sustentaci6n del recurso de apelaci6n (folios 137 a 140 *ibidem*), expone las razones de inconformidad con el fallo de noviembre 24 de 1989 del Tribunal Administrativo de Antioquia, manifestando que el *a-quo* evalu6 en forma equivocada lo que es el objeto del litigio, buscando la existencia de un acto complejo que no se da en el caso *sub-lite*, que es lo que pretende el demandante es que se declare al empleado del orden departamental; que acorde con las pruebas aportadas al proceso se concluye que para el momento

SECCION SEGUNDA

de la nacionalización de la educación, el actor no ocupaba el cargo de supervisor Docente y que, por ende no pudo ser nacionalizado por ella; que para dicho empleo de creación departamental creado contra expresa prohibición del artículo 10 de la ley 43 de 1975 fue nombrado el demandante en el año de 1978.

Y finaliza así la parte actora en sus planteamientos hechos en el recurso de apelación:

CONCLUSION: De todo lo anteriormente expuesto podemos concluir:

- a) El demandante fue designado para un cargo de creación departamental contra la expresa prohibición del art. 10o. de la ley 43 de 1975;
- b) Posteriormente, el demandante fue trasladado a otros cargos de creación departamental;
- c) El demandante fue nombrado por el Gobernador de Antioquia como tal;
- d) El demandante tomó posesión de un cargo de creación departamental;
- e) Jamás recibió nombramiento de una entidad del orden nacional, ni para cargo nacional, ni tomó posesión del cargo nacional, (folio 140 ibidem).

En concepto de junio 8 de 1990 (folios 145 y 146 Ibidem), la Fiscalía cuarta del Consejo de Estado considera que la sentencia apelada amerita ser confirmada con base en los siguientes planteamientos:

“En el caso de autos nos encontramos frente a la falta de legitimación en la causa por pasiva, en razón de que el actor Supervisor Docente quien pretende la declaratoria de nulidad de la resolución No.35.079 de marzo 27 de 1987 de la Gobernación de Antioquia (folios 22 a 25), por cuanto confirma el acto presunto que le niega el “reconocimiento y pago de las sumas que puedan debersele por concepto de reajuste de sueldo, primas de servicio, primas de vacaciones, prima de vida cara y vacaciones, causadas en su favor, en mayor valor que el que le viene pagando el fondo educativo regional de Antioquia. F.E.R. y el que considera legalmente le corresponde como empleado del orden departamental”.

Bien conocido es el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales, a partir de la vigencia de la ley 43 de 1975, mediante la cual la Nación asume los costos que ella ocasiona. De tal suerte que el actor debió demandar fue a la nación. Además los supervisores docentes

tienen la condición de funcionarios del orden nacional y gozan de los beneficios y prerrogativas establecidas en los distintos decretos a favor de los servidores del Estado.

Y, como establecido se tiene, la relación legal y reglamentaria de estos funcionarios se entabla con la Nación aunque se realice a través de los Gobernadores.

Anota la Fiscalía que muy curiosamente el actor recibe su salario a través del FER y para ese efecto se considera empleado nacional y para reclamar reajustes se considera un empleado departamental.” (folios 145 y 146 cdno. ppal.).

Admitido el recurso de apelación por auto de abril 4 de 1990 (folio 143 Ibidem), cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

En asunto similar al que ahora conoce la sala, la corporación tuvo la oportunidad de pronunciarse en sentencia de marzo 26 de 1992, expediente No. 4672, actor: Arnulfo de Jesús Múnera Castrillón.

Manifestó la sala en la referida sentencia:

“Al revisar el libelo demandatorio se observa que aparentemente la controversia gira en torno de la legalidad de la resolución No. 35052 de 27 de marzo de 1987 de la Gobernación de Antioquia mediante la cual se mantuvo la decisión de no reconocer al actor las diferencias entre las sumas recibidas por concepto de salarios y prestaciones sociales de la nación y las que por el mismo concepto dice tener derecho a percibir del Departamento de Antioquia en su calidad de empleado público de esa entidad territorial.

Sin embargo, del estudio integral de la demanda se desprende, sin equívocos, que con la impugnación de la citada resolución se pretende, en el fondo, cuestionar la juridicidad de los actos administrativos expedidos por el Fondo Educativo Regional de Antioquia y el Ministerio de Educación Nacional mediante las cuales, según dice el libelista, en el año de 1983, se dispuso nacionalizar los cargos de supervisores docentes existentes en esa entidad territorial”.

SECCION SEGUNDA

Más adelante dijo la corporación en dicho fallo:

“Los anteriores apartes del escrito introductorio del proceso, en puridad de verdad, son indicativos que para el accionante es claro que los actos administrativos que estima le vulneraron los derechos que reclama, son aquellos por medio de los cuales se incluyó a los supervisores docentes en la planta de cargos nacionalizados en el departamento de Antioquia, o sean los acuerdos del FER, que el mismo señala, se expedieron en 1983. Por ello no es procedente ahora intentar obtener un pronunciamiento de la Administración sobre la viabilidad del reconocimiento de los emolumentos que dejó de percibir como consecuencia de la expedición de los referidos acuerdos, sin haber impetrado su inaplicabilidad o su nulidad por ser contrarios al ordenamiento jurídico pues mal podrían anularse los actos administrativos demandados en el evento que al entrar al fondo fuera de esa conclusión a que se llegare, y dejar surtiendo todos sus efectos a aquellos que por servir de fundamento a los actos anulados, impedirían el restablecimiento del derecho que alega haber sido conculcado”.

Como en el proceso iniciado por el señor Cerón Macario Figueroa Villa, el tribunal Administrativo de Antioquia, como ya se vio, profirió fallo inhibitorio, las consideraciones hechas por la Sala en la sentencia aludida de marzo 26 de 1992 al ser aplicables al caso sub-lite, llevan a la corporación a confirmar el fallo recurrido del *a-quo* de noviembre 24 de 1989 en este asunto .

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 24 de Noviembre de 1989 proferida por el tribunal Administrativo de Antioquia en el proceso iniciado por Cerón Macario Figueroa Villa.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la sala en sesión realizada el día diez (10) de junio de 1992.

EXP. -4904

Joaquín Barreto Ruiz, Clara Foréro de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, (ausente); Reynaldo Arciniegas Baedecker, (ausente); Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moréno, (ausente).

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**DEMANDA - Requisitos / LEGITIMACION POR PASIVA /
NACIONALIZACION DE LA EDUCACION / PRESTACIONES
SOCIALES / CONGRESO - Facultades**

Si bien es cierto que para la fecha de presentación del escrito introductorio, el Departamento no se encontraba legitimado por pasiva para el reconocimiento y pago de la pensión reclamada, razón por la cual ha debido demandarse a la Nación y no al Departamento de Antioquia como lo hizo la parte actora, lo cierto es que el cargo de supervisor docente que desempeñaba el demandante fue nacionalizado como consecuencia de la expedición de la ley 43 de 1975 y por virtud de la ley 91 de 1989 el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas y no pagadas en el período comprendido entre el 1o de enero de 1981 y el 29 de diciembre de 1989, como la que reclama el demandante corresponde a la entidad territorial, es decir que hoy sí se encuentra legitimado el departamento para responder. El actor llenaba las condiciones para el reconocimiento de la pensión de jubilación, exigidas no por las ordenanzas del departamento, sino por la ley 6a. de 1945, norma aplicable a los empleados departamentales y al personal docente nacionalizado, por disposición del parágrafo del artículo 2o. de la ley 91. Como es sabido, acorde con lo dispuesto por los artículos 62 y 76-9 de la Constitución del 86, lo que concierne prestaciones sociales es competencia del Congreso de la República, no de las entidades territoriales y por ello las Ordenanzas invocadas no tienen aplicación válida, pero sí la ley 6 de 1945 citada tangencialmente en la demanda.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 5072. Autoridades Departamentales. Apelación Sentencia. Actor: CONSTANTINO GUISAO USUGA.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 16 de febrero de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

ANTECEDENTES

Constantino Guisao Usuga, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó al Tribunal del conocimiento la nulidad de las resoluciones nos. 00486 de 14 de abril de 1986 y 34.473 de 3 de junio del mismo año, emanadas de la Gobernación de Antioquia, por las cuales se negó la petición formulada por el demandante para que el Departamento de Antioquia le reconociera pensión de jubilación por tener 50 años de edad y más de 20 años de servicio en la docencia departamental en establecimientos educativos oficiales, y el consiguiente restablecimiento del derecho.

El *a quo* en la sentencia recurrida negó las súplicas de la demanda (folios 135), puesto que en el caso sub lite se configuró el fenómeno de la falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que la acción debió ser propuesta no contra el Departamento de Antioquia sino contra la Nación, si se tiene en cuenta que cuando se produjo el fenómeno denominado de la nacionalización de la educación oficial primaria y secundaria, aún el actor no cumplía los requisitos legales para tener derecho a percibir pensión de jubilación y en virtud de que el empleo en que continuo prestando sus servicios fue materia del citado proceso de nacionalización (folios 125 a 135).

A folios 138 a 142 del expediente consta el escrito contentivo del recurso de apelación, en el cual se exponen las razones de inconformidad con el fallo recurrido, y se sostiene que el Departamento de Antioquia está obligado por la ley 91 de 1989 al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes nacionalizados; que el demandante era un funcionario al servicio de dicha entidad territorial al momento de que se causó el derecho pensional reclamado; que las ordenanzas invocadas consagran el derecho a pensión de jubilación en favor de los docentes y no en favor del empleado departamental.

La Fiscal Novena de la Corporación en concepto de fondo solicita se revoque la sentencia apelada y, en su lugar, se reconozca al demandante el derecho a la pensión de jubilación en su condición de docente nacionalizado,

SECCION SEGUNDA

teniendo en cuenta que lo que se debate en los actos impugnados es si al actor le asiste razón para impetrar su derecho de jubilación y a cargo de cuál entidad; que el demandante acreditó los requisitos legales exigidos para obtener el derecho a la referida prestación social desde el 23 de octubre de 1982; que la parte actora se equivoca al pedir que se tenga al demandante como empleado departamental, pues prueba que se trata de un funcionario vinculado a la Nación (Ministerio de Educación Nacional); que el fallo no tuvo en consideración la vigencia de la ley 91 de 1989, por lo que los actos acusados han perdido su fuerza ejecutoria por haber sido modificados los fundamentos de derecho (ley 43 de 1975) que le sirvieron de sustento, razón por la cual esta disposición impide legalmente que el actor haga su solicitud de reconocimiento y pago de la pensión a la Nación porque ella ordena que se formule ante la respectiva entidad Territorial; que el empleo ocupado por el demandante es un cargo nacionalizado como consecuencia de la ley 43 de 1975 y por tal motivo debe atenderse a lo establecido en el artículo 2, numeral 4, de la ley 91 de 1989; que así las cosas la pensión debe ser reconocida y pagada por el Departamento de Antioquia y por dicha circunstancia deben anularse los actos enjuiciados; que en atención a que el actor desempeñó un empleo nacionalizado, la carga prestacional es una obligación conjunta entre ese departamento y la Nación, según los convenios celebrados con posterioridad a la citada ley entre las dos entidades para acordar los aportes, con el fin de atender los pagos respectivos. (folios 247 a 254)

Agotado el Trámite de rigor y no observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Coincide la Sala con la Agencia del Ministerio Público en que la sentencia apelada debe ser revocada.

En efecto, si bien es cierto que para la fecha de presentación del escrito introductorio, el Departamento no se encontraba legitimado por pasiva para el reconocimiento y pago de la pensión reclamada, razón por la cual ha debido demandarse a la Nación y no al Departamento de Antioquia como lo hizo la parte actora, lo cierto es que el cargo de supervisor docente que desempeñaba el demandante fué nacionalizado como consecuencia de la expedición de la ley 43 de 1975 y por virtud de la ley 91 de 1989 el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas y no pagadas en el período comprendido entre el 1o de enero de 1981 y el 29 de diciembre de 1989, como la que reclama el señor Constantino Guisao Usuga, corresponde a la entidad territorial, es decir que hoy sí se encuentra legitimado el departamento para responder.

El artículo 2o, numeral 4 de la citada ley prescribe:

4o. "Las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas y no pagadas en el período comprendido entre el 1o de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la presente ley, (dic. 29) serán **RECONOCIDAS Y PAGADAS** por las respectivas **ENTIDADES TERRITORIALES** o Las Cajas de Previsión Social, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales estaba vinculado dicho personal.

Pero para atender los respectivos pagos, la Nación tendrá que hacer los aportes correspondientes, tomando en consideración el valor total de la deuda que se liquide a su favor, con fundamento en los convenios que para el efecto haya suscrito o suscriba ésta con las entidades territoriales y Las Cajas de Previsión Social o las entidades que hicieren sus veces. (Se resalta)

PARAGRAFO: Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975".

Como acertadamente lo anota la Agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo, esta ley que modifica la ley 43 de 1975, fué dictada para solucionar los conflictos de carácter prestacional de los docentes, originados como consecuencia del proceso de la nacionalización de la educación oficial primaria y secundaria y está vigente al momento de fallar, luego no puede ignorarse.

En cuanto al asunto de fondo la Sala considera:

El demandante al momento de formular su solicitud a la administración el 13 de agosto de 1984 para el reconocimiento de su pensión de jubilación, según se señala en los actos administrativos (folios 3 y 8), había cumplido 50 años de edad, pues comprobó que nació el 23 de octubre de 1932, con copia de la partida de bautismo expedida por la Parroquia de San Carlos de Cañasgordas (Antioquia). Igualmente, según los actos acusados, a 31 de diciembre de 1980, había prestado servicios al Departamento por 18 años, 150 días y conforme a certificaciones aportadas a folios 100 y 22, a partir de entonces se desempeñó

SECCION SEGUNDA

como profesor de tiempo completo del *Idem-Bello* y después como Supervisor Docente hasta el 28 de febrero de 1987, por lo que también, acreditó, que el 31 de diciembre de 1983 tenía 20 años de servicio al Estado, o sea, que el actor llenaba las condiciones para el reconocimiento de la pensión de jubilación, exigidas no por las ordenanzas del departamento, sino por la ley 6a. de 1945, norma aplicable a los empleados departamentales y al personal docente nacionalizado, por disposición del parágrafo del artículo 2o. de la ley 91 ya transcrito.

Como es sabido, acorde con lo dispuesto por los artículos 62 y 76-9 de la Constitución del 86, lo que concierne prestaciones sociales es competencia del Congreso de la República, no de las entidades territoriales y por ello las Ordenanzas invocadas no tienen aplicación válida, pero sí la ley 6 de 1945 citada tangencialmente en la demanda.

Así las cosas, habrá de revocarse el fallo recurrido, se declarará la nulidad de las resoluciones impugnadas porque sus fundamentos de derecho desaparecieron al ser sustituido el artículo 2o. de la ley 43 de 1975 por el artículo 2, numeral 4, de la ley 91 de 1989. Como consecuencia, se dispondrá el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación al demandante por parte del Departamento de Antioquia, desde el 23 de octubre de 1982 fecha en la que el actor cumplió con los requisitos legales para hacerse acreedor 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,

FALLA:

1. **REVOCASE** la sentencia apelada del 16 de febrero de 1990 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el proceso incoado por el señor Constantino Guisao Usuga.

En su lugar se dispone:

2. **DECLARASE** la nulidad de las Resoluciones Nos. 000486 del 14 de abril de 1986 y 34473 del 3 de junio del mismo año, emanadas de la Gobernación del Departamento de Antioquia, mediante las cuales se decidió confirmar el acto administrativo presunto en virtud del cual se entendió negada la petición de reconocimiento de la pensión mensual vitalicia de jubilación presentada por el demandante.

3. Como consecuencia de la anterior nulidad y a manera de restablecimiento del derecho se ordena al Departamento de Antioquia reconocer y pagar al señor Constantino Guisao Usuga, identificado con la cédula de ciudadanía No. 536.169 de Medellín, una pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicios (del 23 de octubre de 1981 a 23 de octubre de 1982), que se hará efectiva desde el 23 de octubre de 1982, más los reajustes que por ley le correspondieren.

4. Al actor se le descontaría cuanto haya recibido de erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, en el mismo período, salvo las sumas percibidas por emolumentos que por expresa autorización legal pueden devengar los docentes conjuntamente con la pensión de jubilación.

El Departamento de Antioquia dará cumplimiento a esta sentencia dentro del término previsto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo y observando lo dispuesto en el artículo 177 *ibídem*.

Cópiese, Notifíquese, Cumplase.

Una vez ejecutoriada devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fué considerada y aprobada por la Sala en sesión del día junio tres (3) de mil novecientos noventa y tres (1993)

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, (ausente), Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**PROCESO DISCIPLINARIO / TESTIMONIO - Valor
Probatorio**

De conformidad con el inciso 2o. del artículo 18 de la ley 13 de 1984, no se requiere prueba plena de la responsabilidad del inculpado para que proceda sanción disciplinaria, sino, una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad o un indicio grave de que el acusado es responsable de la falta imputada, pruebas que obran en la investigación administrativa y no fueron desvirtuadas del proceso.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda-
Santa Fe de Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y tres (1.993).-

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza De Arenas.*

Referencia: Expediente No. 5139 Apelación Sentencia. Actor: RAUL ERNESTO SOLARTE RUANO.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia de 11 de mayo de 1990, pronunciada por el Tribunal Administrativo de Nariño en el proceso promovido por Raúl Ernesto Solarte Ruano contra el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

ANTECEDENTES:

El accionante, mediante apoderado, en ejercicio de la acción denominada hoy de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó al Tribunal del conocimiento que hiciera las siguientes declaraciones y condenas:

“1.- Es nula la resolución No. 184 de enero 26 de 1989 por medio de la cual el Director General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi destituye a RAUL ERNESTO SOLARTE RUANO del cargo de coordinador, código 5005-15, grado 15, con funciones de Jefe de la Oficina Delegada de Catastro de Ipiales de la Seccional de Catastro de Nariño.”

“2.- Es nula la resolución No. 381 de febrero 20 de 1989 por medio de la cual el Director General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi confirma la resolución de destitución, No. 184. de enero 26 del mismo año, al decidir el recurso de reposición interpuesto por mi mandante.”

“3.- Condénase al Instituto Geográfico Agustín Codazzi a reintegrar a RAUL ERNESTO SOLARTE RUANO en el cargo de coordinador, código 5005-15, grado 15, con funciones de Jefe de la Oficina de Catastro de la ciudad de Ipiales, Seccional de Catastro de Nariño, y a pagar los sueldos y prestaciones sociales dejados de devengar desde el 24 de febrero de 1989 hasta que el reintegro se haga efectivo, con los reajustes e incrementos correspondientes.”

“4.- Declárase que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio y, por lo tanto, el tiempo que transcurra entre el 24 de febrero de 1989 y el día del reintegro de RAUL ERNESTO SOLARTE RUANO se considera de servicio para todos los efectos legales” (fl.2)

El Tribunal accedió a las pretensiones de la demanda. Consideró el *a-quo* que para que proceda una sanción disciplinaria, se requiere la plena prueba de la responsabilidad del inculpado y que en este caso la entidad demandada no pudo demostrar que el investigado cometió la gravísima falta que se le imputó y que motivó su destitución del cargo que ejercía. Se basa en los testimonios recepcionados en el proceso, compartiendo el análisis que de ellos hizo la Fiscalía, para inferir que la prueba recaudada “desbarató por completo los pocos argumentos esgrimidos por los funcionarios administrativos en respaldo de la sanción impuesta”. Dice que Florentino Chenás cuyo testimonio fué el que sirvió de base para la imposición de la sanción, en el proceso afirmó que el accionante no cobró dinero alguno para delantar la gestión y que de lo depuesto por los demás declarantes no surge prueba concreta de la falta imputable al inculpado, por lo cual los actos acusados adolecen de falsa motivación. (fls. 150-160)

Por su parte, la entidad demandada interpuso recurso de apelación alegando que el *a-quo* apreció erróneamente las pruebas sometidas a su conocimiento y consideración y dejó de apreciar otras, violó el inciso 2o. del artículo 18 de la ley 13 de 1984 y violó los artículos 82 y 83 del Código

SECCION SEGUNDA

Contencioso Administrativo, modificados por el Decreto 2304 de 1989. Arguye que la sentencia no analizó los testimonios de Segundo Pérez Puetate, Flavio Malte Chenás y Jorge Yanascual ni la diligencia de reconocimiento realizada dentro de la investigación disciplinaria, ni el indicio grave, aceptado por el funcionario, de haber asistido a una reunión con los interesados en el trámite, procedimiento no autorizado por las normas catastrales.

Pide se analicen todos los testimonios y respecto a la declaración de Florentino Chenás, pone de presente la contradicción en que incurre frente a lo declarado ante la administración. Por otra parte alega que según el inciso 2o. del artículo 18 de la ley 13 de 1984, es suficiente para determinar la responsabilidad, una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad o un indicio grave de esa responsabilidad y el *a-quo* exigió una prueba plena y completa; finalmente dice que el *a-quo* juzgó los actos demandados con nuevas pruebas que no se tuvieron en cuenta al expedir los actos, pues no se juzgó teniendo en cuenta la actividad preexistente a las resoluciones demandadas. (fls. 185-195)

La Fiscalía Cuarta de la Corporación conceptúa que actuación disciplinaria atendió el debido proceso y el derecho de defensa, lo que permitió determinar la responsabilidad del inculpado pues no obstante no haber prueba directa de los hechos imputados, sí hay una serie de indicios entre ellos el de "presencia" en el predio motivo de la gestión, el de que era el empleado encargado de la tramitación y el haber sido reconocido por el quejoso como la persona para quien se pretendía recoger el dinero, que permiten inferir la responsabilidad del demandante; precisa que la ley 13 de 1985 sólo exige una declaración de testigos que ofrezca serios motivos de credibilidad o indicio grave, lo que se evidencia en el *sub judice*.

Pide se revoque la sentencia recurrida y en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda. (fls 214-218)

No observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

El Tribunal fundamentó su decisión de declarar la nulidad de los actos demandados, en que en su sentir no obra plena prueba de que el accionante hubiera cometido la falta que se le endilgó en el proceso disciplinario que culminó con su destitución o sea, la de "Constreñir o inducir a alguien a dar o prometer al mismo empleado o a un tercero dinero o cualquiera otra utilidad indebidas, o solicitarlas" según el numeral 5o. del artículo 15 de la ley 13 de 1984.

En primer término la Sala precisa que de conformidad con el inciso 2o. del artículo 18 de la ley 13 de 1984, no se requiere prueba plena de la responsabilidad del inculpaado para que proceda sanción disciplinaria, sino, una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad o un indicio grave de que el acusado es responsable de la falta imputada, pruebas que obran en la investigación administrativa y no fueron desvirtuadas del proceso.

En efecto, Florentino Chenás bajo juramento declaró ante la administración que el accionante le dijo que para hacer el avalúo requerido por varios propietarios de una finca, cobraba \$8.000.00 por cada propietario que tuviera más de una hectárea y \$3.000.00 a los que tenían menos y en diligencia de reconocimiento lo señaló como el que había cobrado (fl. 98 y 96 antecedentes.). Este testimonio aun cuando no fué sostenido ante la jurisdicción, no pierde su valor, toda vez que no es creíble su versión de que fué la secretaria la que escribió tal afirmación como "cuestión de ella" (fl. 125 Cuaderno ppal.) y además, porque son varios los testimonios que informan que Chenás recolectó el dinero para pagar al funcionario (fls. 120, 121 y 122).

Por otra parte, el testimonio de Segundo Pérez Puetate, el quejoso, ratificado dentro del proceso, da cuenta de que el señor Solarte Ruano aceptó el cobro del dinero al acceder a su petición de rebajar la cuota a quienes tuvieran menos de una hectárea (fls 113 ant. y 127 Cuaderno ppal.)

Por último, el hecho que el mismo demandante acepta, de haber asistido a una reunión con los propietarios en el predio sometido a su gestión, procedimiento inusual como lo anotó la administración, constituye como lo señala el Ministerio Público un indicio grave de su interés ilegítimo en la gestión, cuya tramitación le correspondía.

Finalmente la Sala advierte que en el proceso disciplinario se pudieron dar algunas deficiencias menores, pero al inculpaado se le otorgó la garantía constitucional del derecho de defensa y del debido proceso, como lo consideró el Tribunal.

De manera que debe concluir la Sala que no se desvirtuó la presunción de legalidad que ampara los actos enjuiciados y, en tal virtud, habrá de revocarse en fallo apelado y en su lugar, se denegarán 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,

SECCION SEGUNDA

FALLA:

REVOCASE La sentencia de once (11) de mayo de mil novecientos noventa (1.990) proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño y, en su lugar DENIEGANSE las súplicas de la demanda, incoada por RAUL ERNESTO SOLARTE RUANO contra el INSTITUTO GEOGRAFICO AGUSTIN CODAZZI.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fué considerada y aprobada por la Sala en sesión del día tres (3) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruíz, (ausente); Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**CARRERA ADMINISTRATIVA - Inscripción / EMPLEO DE
CARRERA - Requisitos / EMPLEADO DE CARRERA /
ESTABILIDAD - Improcedencia / NOMBRAMIENTO EN
PROVISIONALIDAD / INSUBSISTENCIA - Procedencia.**

La Corporación considera que por la sólo expedición de la Ley 61 de 1987 no se creaba fuero de estabilidad para los funcionarios comprendidos por el artículo 5o. de esta ley que desempeñaban cargos de carrera y que no pertenecían a ella, pues como se determina en el contenido de este artículo, acreditados los requisitos del empleo o sus equivalentes los empleados tendrán derecho a solicitar al DASC su inscripción en la carrera, lo cual no implica el reconocimiento de estabilidad relativa del funcionario en el cargo que desempeña hasta tanto la entidad no expida el acto administrativo de inscripción en la carrera, una vez el empleado haya acreditado dichos requisitos o sus equivalentes. No estando la actora para el momento en que fue declarado insubsistente su nombramiento amparada por fuero alguno de estabilidad relativa, ni inscrita en la carrera administrativa, ni designada en período de prueba por haber participado en concurso de méritos para el ingreso a ella, ya que la demandante había sido nombrada en provisionalidad en el empleo que ocupaba, bien podía ser desvinculada de la administración en ejercicio de la facultad discrecional como se hizo en el caso *sub-examine*.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de junio de mil novecientos Noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

SECCION SEGUNDA

Referencia: Expediente No. 5292. Autoridades Nacionales. Actor: MARÍA ELENA SILVA ARROYO.-

Decídese el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia del 26 de julio de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre.

ANTECEDENTES:

En el libelo correspondiente (folios 2 a 22 cdno. ppal), se solicitó, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", incoada contra el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria-INCORA-, la declaratoria de nulidad de la resolución No. 005611 de 4 de noviembre de 1988, emitida por el Director General de ese instituto descentralizado, y en virtud de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante como Profesional Universitario, Grado 06, Asistente Técnico Veterinario II, y que, como consecuencia, se ordene el reintegro del actor al mismo empleo del cual fue ilegalmente desvinculado, o a otro de igual o superior categoría, el pago de la totalidad de los emolumentos y prestaciones que haya dejado de percibir desde la fecha del retiro del servicio hasta que opere el reintegro y que se considere que no ha existido solución de continuidad para efectos de cesantías y prestaciones sociales. Además, que los pagos correspondientes deberán ser cancelados en valores constantes, es decir, aplicando la corrección monetaria (folios 2 y 3 *ibídem*).

LA SENTENCIA APELADA

El *a-quo*, denegó las pretensiones del escrito demandatorio, apoyándose para el efecto en fallo del Tribunal del 15 de junio de 1990, en el cual se consideró que por haber entregado el demandante la documentación para pedir su inscripción en la carrera administrativa no le otorgaba ningún fuero de circunstancia tampoco se limitaba la facultad discrecional de la administración para remover a los funcionarios que desempeñaban empleos en provisionalidad, como en el caso *sub-lite*; que en este asunto no es viable aceptar el planteamiento del actor en cuanto existe similitud entre el empleado nombrado en período de prueba y aquel que apenas solicitó la inscripción en la carrera por reunir los requisitos del cargo, puesto que se trata de situaciones diferentes; que en el primer evento el funcionario ha ingresado en la carrera y está dentro de una de las etapas finales para llegar a su escalafonamiento, mientras en la segunda situación el empleado ni siquiera ha ingresado a las etapas de la carrera y solo existe una expectativa que deberá materializarse con el reconocimiento que debe llevar a cabo el Departamento Administrativo del Servicio Civil, lo cual

no sucedió en el caso *sub-judice*, de acuerdo con certificación que reposa en el expediente; que en lo atinente a que en este asunto se configuró el silencio administrativo positivo al no haber dado respuesta la administración a la solicitud del actor para ingresar a la carrera administrativa, carece de todo fundamento legal; que no está demostrado en el proceso que se produjo la desviación de poder por móviles políticos; que no es dable que se acuse al Secretario General del Incora de haber propiciado dicho desvío, ya que éste debe predicarse de la autoridad nominadora, es decir, del Gerente General del INCORA y no de aquél. que, no detenta el poder (folios 63 a 69 *ibidem*).

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En el escrito contentivo del recurso de apelación (folios 73 y 74 *ibidem*), la parte demandante solicita se revoque la sentencia recurrida y se acceda a las peticiones de la demanda, pues en ésta las pretensiones no tenían como sustento un escalafonamiento o un nombramiento en período de prueba, ambos inexistentes; que el fallo apelado dejó de aplicar en el caso *sub-judice* el artículo 5 de la ley 61 de 1987 en concordancia con el artículo 6 de la misma ley; que la demandante se encontraba amparada por el fuero de estabilidad que le confirió en forma tácita el artículo 6 de la comentada ley, pues la actora cumplió con las obligaciones que la ley le imponía, esto es, acreditó el lleno de los requisitos para ocupar el empleo de que era titular y la documentación respectiva fue presentada en el mes de agosto de 1988, cuando el plazo vencía hasta diciembre de este año; que la demandante desempeñaba un cargo de carrera.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto del 8 de abril de 1991 (folios 87 a 95 *ibidem*) es de opinión se confirme la sentencia apelada dictada por el Tribunal Administrativo de Sucre el 26 de julio de 1990.

Señala la Agencia del Ministerio Público en el referido concepto que los artículos 5 y 6 de la ley 61 de 1987 consagran únicamente el derecho a solicitar la inscripción en la carrera y establecen la oportunidad en que debe ejercitarse, de acuerdo al momento en que se cumplan las exigencias de cada empleo; que la actora podía ser desvinculado de la administración en uso de la facultad discrecional, ya que no gozaba de estabilidad laboral en el cargo que ocupaba; que no aparece plena prueba de la desviación de poder alegada.

Admitido el recurso de apelación por auto del 3 de octubre de 1990 (folio 79 *ibidem*), agotado el trámite de rigor de la segunda instancia y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

SECCION SEGUNDA

CONSIDERACIONES:

Sea lo primero en anotar, que así como la demanda establece el marco de juzgamiento dentro del cual se debe analizar la juridicidad del acto cuya nulidad se impera, el apelante al señalar en la sustentación del recurso los motivos de inconformidad respecto de la providencia acusada, delimita asimismo las razones a que debe atender el *ad-quem* para modificar, revocar o confirmar la decisión del *a-quo*. Por ende, al desatar la apelación en el caso *sub-lite*, la Sala se referirá únicamente a los motivos de inconformidad planteados.

Se trata de definir en este asunto la legalidad de la resolución No. 005611 de 4 de noviembre de 1988 expedida por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria-INCORA, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante como Profesional Universitario Grado 06 Asistente Técnico Veterinario II (folio 23 cdno. ppal.).

Como se sabe, mediante la ley 61 de 1987 se regularon algunos aspectos relacionados con carrera administrativa, como el señalamiento de los cargos de libre nombramiento y remoción y de carrera, desvinculación del servicio y pérdida del fuero de carrera, declaratoria de insubsistencia motivada del nombramiento de empleado de carrera, clases de nombramiento, según el carácter de los empleos y forma de ingreso a la carrera de los funcionarios que ocupan cargos de esta naturaleza sin encontrarse escalafonados.

Sobre el tópico, los artículos 5 y 6 de la ley 61 de 1987 establecieron que al entrar en vigencia esta disposición, los empleados que estén desempeñando un cargo de carrera sin encontrarse inscritos en ésta deberán acreditar, dentro del año inmediatamente siguiente, el cumplimiento de los correspondientes requisitos señalados para sus respectivos empleos y una vez acreditados tales requisitos o sus equivalentes tendrán derecho a pedir al Departamento Administrativo del Servicio Civil su inscripción en la carrera; igualmente que los funcionarios que no acrediten poseer los requisitos para el ejercicio del empleo que desempeñan, quedarán como de libre nombramiento y remoción y en el evento de que continúen al servicio de la entidad donde están vinculados sin solución de continuidad, podrán solicitar su inscripción en la carrera cuando demuestren poseer los requisitos para el cargo que ocupan en el momento en que acrediten dicho cumplimiento.

El decreto 573 de 1988 vino a reglamentar los referidos artículos 5 y 6 de la ley 61 de 1987, el cual dispuso, entre otras cosas, que para el ingreso a la carrera conforme a lo estatuido en dicha ley corresponde al Jefe de Personal o a quien haga sus veces en el organismo donde el funcionario presta sus servicios

hacer constar bajo la gravedad del juramento que acorde con los documentos, que se hayan aportado a la hoja de vida, cumple con los requisitos exigidos para la inscripción en la carrera; que si el jefe de personal es de opinión que el funcionario no reúne los requisitos, el interesado podrá pedir por escrito concepto a la División de Salarios y Clasificación del Departamento Administrativo del Servicio Civil; que sí de conformidad con el concepto de esta dependencia del DASC se considera que el empleado si reúne los requisitos para el ejercicio del empleo deberá darse trámite a la solicitud de inscripción; que los empleados que acrediten los requisitos podrán pedir la inscripción por conducto del Jefe de Personal del organismo o hacerlo directamente ante el DASC; que la solicitud de inscripción en la carrera deberá formularse a esta entidad, dentro de los 3 meses siguientes a la fecha de vencimiento del plazo de que dispone el funcionario para acreditar los requisitos; que compete al DASC disponer la inscripción en la carrera, con base en lo estatuido en el referido decreto.

La Corporación considera que por la sola expedición de la ley 61 de 1987 no se creaba fuero de estabilidad para los funcionarios comprendidos por el artículo 5 de esta ley que desempeñaban cargos de carrera y que no pertenecían a ella, como en el caso de la demandante, pues como se determina en el contenido de o este artículo, acreditado los requisitos del empleo sus equivalentes los empleados tendrán derecho a solicitar al DASC su inscripción en la carrera, lo cual no implica el reconocimiento de estabilidad relativa del funcionario en el cargo que desempeña hasta tanto la comentada entidad no expida el acto administrativo de inscripción en la carrera, una vez el empleado haya acreditado dichos requisitos o sus equivalentes.

Y como se determina del acervo probatorio allegado al proceso, para el momento en que fue proferido el acto administrativo impugnado, el actor no habla acreditado los requisitos exigidos por el decreto reglamentario 573 de 30 de marzo de 1988 ante el Departamento Administrativo del Servicio Civil para su inscripción en la carrera administrativa.

En efecto, consta en el proceso que la demandante había tramitado ante la División de Administración de Personal del INCORA de la ciudad de Bogotá el formulario de solicitud de inscripción en la carrera administrativa, con base en lo estatuido en la ley 61 de 1987 y su decreto reglamentario 573 de 1988 (folios 10, 11 y 12 del cdno No. 2); sin embargo como aparece a folio 84 *ibidem*, el jefe de personal de esa entidad descentralizada no había hecho constar bajo la gravedad del juramento que la señora Martha Elena Silva Arroyo reunía los requisitos en el cargo que ocupaba, es decir como Profesional Universitario 3020, Grado 06, por lo que este asunto no estaba todavía en conocimiento del Departamento Administrativo del Servicio Civil, organismo encargado de

SECCION SEGUNDA

disponer la inscripción en la carrera, acorde con lo prescrito en el artículo 9 del decreto 573 de 30 de marzo de 1988.

Al respecto señala en oficio del 2 de noviembre de 1989 el Subgerente Administrativo del INCORA, lo siguiente:

“La solicitud de inscripción en Carrera Administrativa de la señora Silva Arroyo no se tramitó ante el Departamento Administrativo del Servicio Civil por cuanto se requería previamente la revisión de las hojas Vida y de los documentos con los cuales se acreditaba el cumplimiento de los requisitos de estudio y experiencia exigidos para el ejercicio de cada cargo. La División Administración de Personal estudió aproximadamente 852 solicitudes de inscripción o actualización en carrera administrativa, procedentes de 24 dependencias regionales y de las Oficinas Centrales, labor que desarrolló en estricto orden de llegada, a la Regional Sucre le correspondió el turno en el mes de noviembre de 1988, a pesar de los formularios de solicitud, de inscripción se recibieron el 29 de agosto de 1988.

Es de aclarar, que dicho Departamento fijó como fecha límite para recibir solicitudes de escalafón el 30 de marzo de 1989, los de esta Regional se remitieron el 6 de diciembre de 1988, fecha en la cual ya se había producido la resolución por la cual se declaraba insubsistente el nombramiento de la señora Silva Arroyo, razón por la cual su solicitud de inscripción no se envió.” (folios 82 y 83 cdno. No. 2).

De otra parte, a folio 92 *ibíden*, aparece una constancia del 7 de noviembre de 1989 suscrita por el Jefe de la División de Selección del DASC, en la cual se expresa:

“Que una vez revisados los registros y archivos de la sección de Escalafón y Seguimiento de esta División, se pudo constatar que no hay antecedente ni documento en el que conste que la señora Martha Elena Silva Arroyo; identificada con la cédula de ciudadana No.23.010.757 expedida en Morroa Sucre, esté o haya estado inscrito (sic) dentro de la carrera administrativa que dirige esta Entidad.

Si la citada señorita fue nombrada en período de prueba, este Departamento no ha recibido las correspondientes providencias.”

Así las cosas, no estando la actora para el momento en que fue declarado insubsistente su nombramiento amparada por fuero alguno de estabilidad relativa, ni inscrita en la carrera administrativa, ni designada en período de

prueba por haber participado en concurso de méritos para el ingreso a ella, ya que la demandante habla sido nombrada en provisionalidad en el empleo que ocupaba (folios 64 y 74 *ibídem*), bien podía ser desvinculado de la administración en ejercicio de la facultad discrecional, como se hizo en el caso *sub-examine*.

Finalmente, en cuanto a los alcances jurídicos del inciso 1o. del artículo 6 de la ley 61 1987, la Sala precisa anotar que las implicaciones de dicho artículo hacen referencia a los eventos en que los funcionarios al adelantar el trámite correspondiente para solicitar su inscripción en la carrera, se determina que no acreditan poseer los requisitos para el ejercicio del empleo, razón por la cual quedarán como de libre nombramiento y remoción con la opción de ingresar luego a la carrera, siempre y cuando demuestren poseer los requisitos del cargo que se encuentren desempeñando, si continúan al servicio de la misma entidad y sin solución de continuidad, por lo que no es dable en este asunto dar a la citada disposición las implicaciones que pretende la parte actora en el escrito del recurso de apelación.

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 del 26 de julio de 1990 dictada por el Tribunal Administrativo de Sucre en el proceso incoado por la señora María Elena Silva Arroyo en orden a obtener la nulidad de la resolución No. 005611 de 4 de noviembre de 1988, expedida por el INCORA, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día diecisiete (17) de junio de mil novecientos, noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, (salva voto), Joaquín Barreto Ruiz, (ausente), Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**CARRERA ADMINISTRATIVA - Requisitos / CARRERA
ADMINISTRATIVA - Inscripción / EMPLEO DE CARRERA -
Estabilidad / INSUBSISTENCIA - Improcedencia / (Salvamento de
Voto)**

La actora sí tenía un fuero de estabilidad relativa desde el momento en que dio cumplimiento a los requisitos establecidos en la Ley 61 de 1987. En efecto, la ley nunca puede ser inane. Si la Ley 61 de 1987 pretendió darle un medio de escalafonamiento en la carrera a quienes ocupaban cargos de la misma sin estarlo, es indudable que la situación laboral de estas personas no podía ser igual a la de que quienes no encuadraban dentro de la hipótesis de la ley, y por ende, si eran empleados de libre nombramiento y remoción. No me cabe duda de que la demandante, -en la medida en que se hubiera ajustado a los parámetros de la Ley 61 de 1987-, tenía derecho a una estabilidad relativa, que la hacía inamovible mientras no existieran causas y motivos que justificaran su remoción. Con mucha más razón cuando, -como en este caso- la causante de que todavía no se la hubiera inscrito oficialmente en la carrera administrativa era la oficina de personal del ente nominador. Reza el principio general que nadie puede alegar en su favor su propia culpa; y en este evento es incuestionable que la entidad demandada utilizó como argumento en provecho suyo su propia negligencia y demora en darle curso a la solicitud de la actora.

Actora: MARTHA ELENA SILVA ARROYO.

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Con el respeto acostumbrado por las decisiones adoptadas mayoritariamente por la sala procedo a sintetizar las razones de mi disentimiento, así:

1. La Ley 61 de 1987 le brindó la posibilidad a quienes estaban ocupando cargos de carrera, sin pertenecer a ella, de ser inscritos en el escalafón respectivo mediante el cumplimiento de algunos requisitos de orden formal, especialmente en materia de documentos.
2. La actora cumplió con los trámites establecidos en ese ordenamiento, presentó la documentación respectiva y pidió que la Oficina de Personal le certificara los requisitos del caso para que el Departamento Administrativo del Servicio Civil procediera a inscribirla en el escalafón de carrera administrativa.
3. La entidad nominadora -el Incora-, no expidió esa certificación de manera oportuna, pretextando el elevado número de solicitudes presentadas por cerca de 852 empleados del organismo.
4. La actora fue declarada insubsistente mediante Resolución No. 005611 del 4 de noviembre de 1988, pese a que desde el 17 de agosto había solicitado su inscripción en carrera mediante la demostración de los requisitos contemplados en la Ley 61 de 1987.
5. La sentencia de la cual me separo plantea que como para la fecha de la insubsistencia la demandante no había sido inscrita en carrera administrativa, era empleada de libre nombramiento y remoción y por tanto, podía ser desvinculada en ejercicio de la facultad discrecional, tesis que, desde luego, no puedo compartir en la medida en que considero que la actora sí tenía un fuero de estabilidad relativa desde el momento en que dio cumplimiento a los requisitos establecidos en la Ley 61 de 1987. En efecto, la ley nunca puede ser inane. Si la Ley 61 de 1987 pretendió darle un medio de escalafonamiento en la carrera a quienes ocupaban cargos de la misma sin estarlo, es indudable que la situación laboral de estas personas no podía ser igual a la de que quienes no encuadraban dentro de la hipótesis de la ley, y por ende, sí eran empleados de libre nombramiento y remoción.
6. No me cabe duda de que la demandante, en la medida en, que se hubiera ajustado a los parámetros de la ley 61 de 1987, tenía derecho a una estabilidad relativa, que la hacía inamovible mientras no existieran causas y motivos que justificaran su remoción. Con mucha más razón cuando, -como en este caso-, la causante de que todavía no se la hubiera

SECCION SEGUNDA

inscrito oficialmente en la carrera administrativa era la Oficina de Personal del ente nominador. Reza el principio general que nadie puede alegar en su favor su propia culpa; y en este evento es incuestionable que el Incora utilizó como argumento en provecho suyo su propia negligencia y demora en darle curso a la solicitud de la actora.

Por todas estas consideraciones, soy de la opinión de que la demandante estaba amparada por un fuero de estabilidad relativa, que nace de la propia Ley 61 de 1987, y por consiguiente, que su declaratoria de insubsistencia estuvo viciada de nulidad y así debió declararlo la jurisdicción contencioso administrativa; y como consecuencia de ello, ha debido ordenarse el reintegro y las demás secuelas propias de la ilegalidad del acto.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora-

**DEMANDA - Requisitos / LEGITIMACION POR PASIVA /
NACIONALIZACION DE LA EDUCACION / PRESTACIONES
SOCIALES / CONGRESO - Facultades**

Si bien es cierto que para la fecha de presentación del escrito introductorio, el Departamento no se encontraba legitimado por pasiva para el reconocimiento y pago de la pensión reclamada, razón por la cual ha debido demandarse a la Nación y no al Departamento de Antioquia como lo hizo la parte actora, lo cierto es que, el cargo que desempeñaba la demandante fue nacionalizado como consecuencia de la expedición de la ley 43 de 1975 y por virtud de la ley 91 de 1989 el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas y no pagadas en el período comprendido entre el 1o. de enero de 1981 y el 29 de diciembre de 1989, como la que reclama la accionante, corresponde a la entidad territorial, es decir, que hoy sí se encuentra legitimado el departamento para responder.

EMPLEADO DEPARTAMENTAL-Regimen Pensional

La actora llenaba las condiciones para el reconocimiento de la pensión de jubilación, exigidas no por las ordenanzas del departamento, sino por la ley 6° de 1945, norma aplicable a los empleados departamentales y al personal docente nacionalizado, por disposición del parágrafo del artículo 2° de la ley 91 ya transcrito. Como es sabido, acorde con lo dispuesto por los artículos 62 y 76-9 de la Constitución del 86, lo que concierne a prestaciones sociales es competencia del Congreso de la República, no de las entidades territoriales y por ello las Ordenanzas invocadas no tienen aplicación válida, pero sí la ley 6a. de 1945, citada tangencialmente en la demanda.

SECCION SEGUNDA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda-
Santa Fe de Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y tres. (1993).-

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza De Arenas*

Ref: Expediente No.5489 Autoridades Departamentales. Apelación
Sentencia. Actor: ELVIA TORO CARMONA.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra sentencia de 19 de octubre de 1.990 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

ANTECEDENTES:

Elvia Toro Carmona, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó al Tribunal del conocimiento la nulidad de las resoluciones, Nos. 3959 de 13 de septiembre de 1988 y 36601 de 20 de enero de 1989, emanadas de la Gobernación de Antioquia, por las cuales se negó la petición formulada por la demandante para que el Departamento de Antioquia, le reconociera pensión de jubilación y el consiguiente restablecimiento del derecho.

El *a-quo* en la sentencia recurrida negó las pretensiones de la demanda, previa consideración de que no procede la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa (fl. 125), apoyándose para el efecto en fallo de 26 de julio de 1990 dictado por la Sección Primera del Tribunal, según el cual la actora es empleada nacional desde la fecha en que entró a operar la nacionalización de la educación de este servicio público nacional; que aún en el evento de que las ordenanzas aludidas por la parte demandante sí beneficiaran a la actora, el *a-quo* no podía aplicarlas en atención al reiterado criterio del Consejo de Estado sobre estos tópicos y teniendo en cuenta el artículo 291 del Código de Régimen Municipal que atribuye únicamente a la ley la determinación del régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos municipales (fls. 119 a 125).

A folios 126 a 128 del expediente consta el escrito contentivo del recurso de apelación, en el cual se exponen las razones de inconformidad con el fallo recurrido, y se sostiene que el Departamento de Antioquia está obligado por la ley 91 de 1989 al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes nacionalizados; que el demandante era un funcionario al servicio de dicha entidad territorial al momento de que se causó el derecho pensional reclamado; que las ordenanzas invocadas consagran el derecho a la pensión de jubilación en favor de los docentes y no en favor del empleado departamental.

La Fiscalía Quinta de la Corporación en concepto de fondo, manifiesta que en este asunto se impone un pronunciamiento inhibitorio, ya que no se agotó la vía gubernativa ante la entidad encargada de resolver sobre las pretensiones de la parte demandante; que así las cosas si la actora aspiraba a que se le reconociera la pensión de jubilación por sus servicios prestados al campo docente ha debido formular su solicitud ante el organismo del orden nacional correspondiente, toda vez que para el momento en que cumplió los requisitos para obtener la prestación social reclamada, el proceso de nacionalización ya había operado completamente; que sin embargo la señora Elvia Toro Carmona presentó su petición al Departamento de Antioquia quien no estaba legitimado para resolverla, dado el carácter de funcionaria del orden nacional que ostentaba (folios 141 a 147). Agrega que sin embargo, si la petición se presentara hoy en día el Departamento si estaría legitimado en virtud de lo dispuesto por el artículo 2o., numeral 4 de la ley 91 de 1989.

Agotado el Trámite de rigor y no observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Si bien es cierto que para la fecha de presentación del escrito introductorio, el Departamento no se encontraba legitimado por pasiva para el reconocimiento y pago de la pensión reclamada, razón por la cual ha debido demandarse a la Nación y no al Departamento de Antioquia como lo hizo la parte actora, lo cierto es que, el cargo que desempeñaba la demandante fue nacionalizado como consecuencia de la expedición de la ley 43 de 1975 y por virtud de la ley 91 de 1989 el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas y no pagadas en el período comprendido entre el 1o. de enero de 1981 y el 29 de diciembre de 1989, como la que reclama la accionante, corresponde a la entidad Territorial, es decir, que hoy sí se encuentra legitimado el departamento para responder.

El artículo 2o- numeral 4 de la citada ley prescribe:

4o. "Las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas y no pagadas en el período comprendido entre el 1o. de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la presente ley, (dic. 29) serán RECONOCIDAS Y PAGADAS por las respectivas ENTIDADES TERRITORIALES o las cajas de previsión social, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales estaba vinculado dicho personal.

Pero para atender los respectivos pagos, la Nación tendrá que hacer los aportes correspondientes, tomando en consideración el valor total de la

SECCION SEGUNDA

deuda que se liquide a su favor, con fundamento en los convenios que para el efecto haya suscrito o suscriba ésta con las entidades territoriales y las cajas de previsión social o las entidades que hicieren sus veces. (Se resalta)

PARAGRAFO.- Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.”

Esta ley que modifica la ley 43 de 1975, fue dictada para solucionar los conflictos de carácter prestacional de los docentes, originados como consecuencia del proceso de la nacionalización de la educación oficial primaria y secundaria y está vigente al momento de fallar, luego no puede ignorarse.

En cuanto al asunto de fondo la Sala considera:

La demandante al momento de formular su solicitud a la administración el 2 de febrero de 1988 para el reconocimiento de su pensión de jubilación, según obra a folio 37, había cumplido 50 años de edad, pues nació el 22 de noviembre de 1932. Igualmente según los actos acusados, a 31 de diciembre de 1980, había prestado servicios al Departamento por 18 años, 159 días y conforme a certificación aportada a folio 2, continuó en el servicio hasta el 31 de agosto de 1988, por lo que también acreditó, 20 años de servicio al Estado. O sea que la actora llenaba las condiciones para el reconocimiento de la pensión de jubilación, exigidas no por las ordenanzas del departamento, sino por la ley 6° de 1945, norma aplicable a los empleados departamentales y al personal docente nacionalizado, por disposición del parágrafo del artículo 2° de la ley 91 ya transcrito.

Como es sabido, acorde con lo dispuesto por los artículos 62 y 76-9 de la Constitución del 86, lo que concierne a prestaciones sociales es competencia del Congreso de la República, no de las entidades territoriales y por ello las Ordenanzas invocadas no tienen aplicación válida, pero sí la ley 6a. de 1945, citada tangencialmente en la demanda.

Así las cosas, habrá de revocarse el fallo recurrido y se declarará la nulidad de las resoluciones impugnadas porque sus fundamentos de derecho desaparecieron al ser sustituido el artículo 2° de la ley 43 de 1975 por el artículo 2° numeral 4 de la ley 91 de 1989. Como consecuencia, se dispondrá el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación al demandante por parte del Departamento de Antioquia, desde el 22 de noviembre de 1982 fecha en la que la actora cumplió con los requisitos legales para hacerse acreedora 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,

FALLA:

1. - REVOCASE la sentencia apelada del 19 de octubre de 1.990 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el proceso incoado por Elvia Toro Carmona.

En su lugar se dispone:

2.- DECLARASE la nulidad de las Resoluciones Nos. 3959 del 13 de septiembre de 1988 y 36601 del 20 de enero de 1989, emanadas de la Gobernación del Departamento de Antioquia, mediante las cuales se decidió negar la petición de reconocimiento de la pensión mensual vitalicia de jubilación presentada por la demandante.

3.- Como consecuencia de la anterior nulidad y a manera de restablecimiento del derecho, se ordena al Departamento de Antioquia reconocer y pagar a la señora Elvia Toro Carmona, identificada con la cédula de ciudadanía No. 22.090.138 de Sonsón, una pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicios (del 22 de noviembre de 1981 al 22 de noviembre de 1982), que se hará efectiva desde el 22 de noviembre de 1982, más los reajustes que por ley le correspondieren.

4.- A la actora se le descontará cuanto haya recibido de erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, en el mismo período, salvo las sumas percibidas por emolumentos que por expresa autorización legal pueden devengar los docentes conjuntamente con la pensión de jubilación.

El Departamento de Antioquia dará cumplimiento a esta sentencia dentro del término previsto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo y observando lo dispuesto en el artículo 177, *ibidem*.

SECCION SEGUNDA

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Una vez ejecutoriada devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del día junio tres (3) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruíz, (ausente); Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

**PERSONAL DOCENTE / PENSION DE JUBILACION / SALARIO -
Compatibilidad / EDAD DE RETIRO FORZOSO/ ESCALAFON
DOCENTE - Exclusión /PERSONAL DOCENTE - Estabilidad.**

Como el disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de la actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro. En el presente caso, los medios de prueba obrantes en el proceso muestran que la actora tiene reconocido el derecho a la pensión de jubilación, es persona responsable y de buena conducta, y el día en que se le retiro del servicio por insubsistencia no había llegado a la edad de retiro forzoso. Tampoco se ha probado que no estuviese apta mental ni físicamente para el desempeño de sus labores.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sala Disciplinaria.
Santa Fe de Bogotá, D. C. , veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra: Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 6509. Autoridades Nacionales. Consulta Sentencia. Actora: LUZMILA MANZANO DE MUÑOZ.

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

SECCION SEGUNDA

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho y por intermedio de apoderado, formuló al Tribunal las siguientes pretensiones:

1o. Declarar la nulidad del acto por el cual fué retirada del servicio la docente .

2o. Declarar que no ha existido solución de continuidad por parte del demandante en la prestación del servicio para todos los efectos salariales, prestacionales y profesionales en el escalafón.

Su alegato se basó fundamentalmente en que siendo docente escalafonada y no habiendo llegado a los 65 años para retiro forzoso además de estar en aptitud física y mental para trabajar, gozaba de inamovilidad y no podía ser retirada del servicio a través de una medida discrecional como la insubsistencia.

LA SENTENCIA CONSULTADA:

El Tribunal declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con relación al demandado del Departamento del Cauca y accedió a las súplicas de la demanda.

Para hacerlo tuvo en cuenta que aún cuando en algún tiempo el Consejo de Estado sostuvo que la administración podía retirar libremente del servicio a un docente pensionado, posteriormente cambió su doctrina desde la sentencia de marzo 15 de 1989. Que al examinar el texto de los artículos 28 y 31 del Decreto 2277 de 1979 y el artículo 5o. del Decreto 224 de 1972, resulta evidente que el Estatuto Docente creó un derecho especial para los inscritos en el escalafón. Que es compatible, el disfrute simultáneo de pensión de jubilación y el ejercicio remunerado de la docencia y que la demandante probó pertenecer al Escalafón Docente en el momento de su desvinculación, cuando no tenía edad de retiro forzoso ni padecía deficiencias mentales o físicas.

CONSIDERACIONES:

La Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos semejantes al que aquí se debate y, modificando doctrina anterior, ha dicho que, como el disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de la actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la administración no

puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro.

Fué así como en sentencia de 15 de marzo de 1989, con ponencia del Consejero Dr. Alvaro Lecompte Luna (Expediente 895-12257. Actor Luis Bernardo Garzón), la Sala dijo:

“Porque en verdad, relejendo con más detenimiento las normas en cita (se refiere a los Decretos leyes 224 de 1. 972 y 2277 de 1979), al observar que el ejercicio de la docencia “no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir 65 años de edad”, indudablemente de la disposición **consagra un derecho** en favor de los docentes, que priva a la administración de la facultad discrecional de desvincular del beneficio que la ley ha establecido para ellos, de una manera incompleta desde la ley 12, y que ha venido consolidándose a través de leyes posteriores”.

En el presente caso, los medios de prueba obrantes en el proceso muestran que la actora tiene reconocido el derecho a la pensión de jubilación, es persona responsable y de buena conducta, y el día en que se le retiro del servicio por insubsistencia no había llegado a la edad de retiro forzoso. Tampoco se ha probado que no estuviese apta mental ni físicamente para el desempeño de sus labores.

Siendo ello así, el análisis que hace el Tribunal sobre la controversia, así como su conclusión favorable a la actora, se ajustan a derecho, razón por la cual se confirmará en todas sus partes la sentencia consultada, con la adición de que se descontará de lo que debe reconocerse al docente, todo lo que haya recibido del tesoro público, por concepto diferente a lo percibido, por mesadas pensionales o por emolumentos que por expresa autorización legal, pueden devengar los docentes conjuntamente con la pensión.

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 ley,

SECCION SEGUNDA

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia consultada, proferida el 19 de noviembre de 1991 por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro del proceso iniciado por Luzmila Manzano de Muñoz.

RECONOCESE personería al Doctor ADALBERTO CARVAJAL SALCEDO como apoderado de la parte actora, de acuerdo con el memorial de sustitución que obra a folio 140 del expediente.

Adiciónase la sentencia en el sentido de ordenar que se descuente de lo que debe reconocerse al docente, todo lo que haya recibido del tesoro público, por concepto diferente a lo percibido por mesadas pensionales o por emolumentos que por expresa autorización legal, pueden devengar los docentes conjuntamente con la pensión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue considerada y aprobada por la sala en sesión del día veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria

Nota de Relatoría: reitera la sentencia de 15 de marzo de 1989, expediente 895-12257, actor :Luis Bernardo Castro Garzón, Ponente Dr. Alvaro Lecompte Luna.

SANCION DISCIPLINARIA / DERECHO DE DEFENSA / DEBIDO PROCESO

El artículo 26 de la Constitución Política al exigir que las sanciones se impongan con las formas propias de cada juicio, consagra implícitamente la obligación de garantizar el derecho del implicado a ser oído antes de la sanción, o sea, porque ello está ínsito en el derecho de defensa, propio de toda actuación dirigida respecto a alguien. Así mismo, el artículo 35 del C.C.A., al regular lo pertinente a la adopción de decisiones en la actuación administrativa, desarrolla el principio constitucional del derecho de defensa, de la audiencia previa, cuando dispone, que “habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.”

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C. veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Consejero Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 1437. Resoluciones Ministeriales. Actor: TERMINAL DE TRANSPORTES DE POPAYAN S. A.

El Terminal de Transportes de Popayán, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., pretende que en sentencia se pronuncie la Sala acerca de las siguientes declaraciones:

SECCION SEGUNDA

“Son nulas las Resoluciones números 018 de 6 de febrero y 039 de 9 de marzo, ambas de 1985, del Jefe de la División de Trabajo y Seguridad Social del Cauca, y la número 01634 de 3 de junio del mismo año del Director General del Trabajo, dependencias del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

La anterior declaración de nulidad es suficiente restablecimiento del derecho de mi poderdante.”

Como hechos, la demanda trae los que, en síntesis, se enumeran:

1o.- El señor Reinaldo Vallejo Correa, por medio de apoderado, en escrito dirigido a la Jefe encargada de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social del Cauca y fechado el 21 de septiembre de 1984, solicitó que “constatado que sea el despido colectivo a que se refiere este escrito se ordenen los reintegros respectivos y la cancelación de los salarios, primas, bonificaciones, reajustes y cualesquiera otro salario o prestación emanada del contrato de trabajo...”

2o.- Que mediante auto de 24 de septiembre de 1984, de simple cúmplase, del jefe de dicha División comisionó al señor Inspector del Trabajo de Popayán para que “lleve a cabo la Investigación por presunto despido colectivo”. Que este auto no se notificó a la entidad demandante, ni esta fue citada para que se hiciera parte en la investigación ordenada contra dicha entidad, por lo que tal actuación administrativa se llevó a término sin conocimiento de mi poderdante que no tuvo la oportunidad de solicitar pruebas ni de actuar en defensa de los intereses del citado Terminal de Transportes.

3o.- Que de acuerdo con los informes presentados por el comisionado y por la Inspectora de Colectivos, el Jefe de la División dictó la resolución No. 018 de 8 de febrero de 1985, por la cual “negó el pedimento formulado por el señor Reinaldo Vallejo Correa a través de apoderado Henry Ruiz Tose. Esta resolución le fue notificada a mi poderdante el 18 de febrero de 1985.”

4o.- Que interpuesto el recurso de reposición por el quejoso, fue decidido en forma negativa, por medio de la resolución 039 de 13 de marzo de 1985, concediéndose el recurso de apelación subsidiariamente propuesto. Esta resolución tampoco fue notificada al representante legal del Terminal de Transportes, por lo que éste no pudo hacerse presente ante la Dirección General del Trabajo en Bogotá para sostener la legalidad de la resolución recurrida. Y que por resolución No. 01684 de 3 de junio de 1985, el Director General del Trabajo desató el recurso de apelación, revocando las resoluciones anteriores y declarando que hubo despido colectivo. Esta resolución le fue notificada por edicto el 2 de julio de 1985.

Como disposiciones violadas se invocan en la demanda las siguientes: Artículo 26 de la Constitución anterior en relación con los preceptos 1o., 4o., 28, 34, 35, 44, 45, 46, 47 y 48 del C.C.A. (Decreto-ley 01 de 1984).

Como concepto de la violación de las normas anteriores el actor expone, entre otras cosas, que “En resumen: Los actos acusados se dictaron en una actuación administrativa nula, pues no se citó a ella para que se hiciera parte e hiciera valer sus derechos, mediante la solicitud de pruebas y las alegaciones correspondientes al Gerente del Terminal de Transportes de Popayán S.A., directamente interesado en las resultas de la investigación, ni se le notificó la resolución que puso fin a la primera instancia y concedió el recurso de apelación, lo que lo privó igualmente de efectuar las declaraciones pertinentes ante la Dirección General del Trabajo en Bogotá. De esta manera se violaron las normas arriba analizadas, pues se procedió en forma irregular y con desviación de las atribuciones propias de los funcionarios que expidieron aquellos actos, los que, al ejercerlas, deben ceñirse estrictamente a lo señalado por el C.C.A., cuyo artículo 1o. establece que sus normas “se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos sus órdenes.”

Al descorrer el traslado de rigor la Fiscalía Quinta de la Corporación conceptúa que las pretensiones están llamadas a prosperar por cuanto no se le notificó al Terminal de Transportes de Popayán algunas actuaciones de la etapa investigativa por presunto despido colectivo, desconociéndose los contenidos de las normas de la primera parte del Código Contencioso Administrativo, “lo que condujo al quebrantamiento del debido proceso por violación del artículo 26 de la Carta, 28, 44, 45 y 48 del C.C.A.”

Como no observa causal que invalide la actuación,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

1o.- Se decide, en primer término, las excepciones propuestas por el apoderado de la parte demandada. En cuanto a la excepción de incompetencia, baste citar algunos apartes del auto de 26 de abril de 1989 (folios 139 a 143), por el cual se resolvió un incidente de nulidad presentado por la parte demandada sobre el mismo aspecto, en el que se dijo: “...como el restablecimiento del derecho que se pretende consiste en que desaparezcan de la vida jurídica los actos impugnados, y con ello la multa, sin pretender la devolución del dinero pagado por este concepto. De ahí que en la demanda no se solicite ningún pronunciamiento en este sentido.

En tales circunstancias, para el despacho es del conocimiento del Consejo de Estado en única instancia, de conformidad con el numeral 3o. del artículo

SECCION SEGUNDA

128 del C.C.A., por tratarse de un proceso de restablecimiento del derecho que carece de cuantía en el cual se contravierten actos administrativos del orden nacional, razón por la cual se negará la nulidad impetrada.”

2o.- En cuanto a la caducidad de la acción, como bien lo anota la señora fiscal del Consejo de Estado, a raíz de los hechos acaecidos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985, en los que desaparecieron muchos expedientes, se dio la oportunidad a los demandantes cuyos expedientes se perdieron, para presentar nuevas demandas hasta el 30 de abril de 1986. Está demostrado en autos que la demanda fue presentada el 1o. de abril de 1986 (folio 35 vto.) es decir, dentro del término establecido por el artículo 10 del mencionado decreto 3825 de 1985, no produciéndose, por tanto, la caducidad alegada.

3o.- Ha planteado el demandante la violación del artículo 26 de la Constitución política vigente en la época en relación con los preceptos pertinentes del Código Contencioso Administrativo por parte de las resoluciones acusadas, considerando que la actuación administrativa violó las reglas del debido proceso, por no habersele dado la oportunidad para aportar y solicitar pruebas dentro de la actuación administrativa, tendientes a la defensa de sus derechos.

Ahora bien, el citado artículo al exigir que las sanciones se impongan con las formas propias de cada juicio, consagra implícitamente la obligación de garantizar el derecho del implicado a ser oído antes de la sanción, o sea, porque ello está ínsito en el derecho de defensa, propio de toda actuación dirigida respecto a alguien.

Así mismo, el artículo 35 del C.C.A., al regular lo pertinente a la adopción de decisiones en la actuación administrativa, desarrolla el principio constitucional del derecho de defensa, de la audiencia previa, cuando dispone, que “habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.”

En el caso *sub-judice* está demostrado que la actuación administrativa, Investigación por presunto despido colectivo, que llevaba a cabo por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, no se dio la oportunidad al actor para ejercer el derecho de defensa, violándose, por ende, las normas del título primero del C.C.A. en especial el artículo 35, y el 26 de la Carta, debiéndose, por tanto, declarar su nulidad.

4o.- Aprovecha la Sala la ocasión para recordar el texto del art. 464 del Código Sustantivo del Trabajo, que excluye del ámbito de competencia del

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a empresas de servicios públicos que dependen directa o indirectamente del Estado.

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

FALLA:

Declárase la nulidad de las resoluciones 018 y 039 de 8 de febrero y 9 de marzo de 1985, proferida por el jefe de la División de Trabajo y Seguridad Social, y 01684 de 3 de junio de 1985, dictada por el director general del trabajo, dependencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente. Cúmplase.-

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 10 de junio de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, (ausente), Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

**DEMANDA - Ineptitud / ACTO DE NOMBRAMIENTO / ACTO
DE CONFIRMACION / ACTO COMPLEJO /
INDIVIDUALIZACION DEL ACTO**

A la luz del art. 138 del C.C. A., el ejercicio del derecho de acción carece de sustento, jurídico por lo que tampoco se traba una verdadera relación procesal. Por ende el ejercicio inadecuado del derecho de acción impide que la sentencia sea verdaderamente tal. Y es lo sucedido en el caso *sublite*: el acto no fue individualizado en su integridad, ya que está contenido no solo en el decreto No 3464 de noviembre 18 de 1986, sino también por la resolución No 0020 de enero 5 de 1987 proferida por el Superintendente de Notariado y Registro. Corrobora, por decirlo así lo anterior, el artículo 7o. de la ley 14 de 1988 que modificó el art. 28 de la ley 78 de 1986, al decir que “ la acción electoral caducara en 20 días, contadas a partir del siguiente a aquél en el cual se notifique legalmente al acto por medio del cual se declara la elección...,” lo que significa que el acto de nombramiento y el de confirmación (cuando ésta es necesaria para servirle a aquél de coadyuvante) forman un todo y así debe demandarse.

Consejo de Estado - Sala de lo contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4495. Decretos del Gobierno. Actor: JORGE IGNACIO RESTREPO GUTIERREZ.

Decídese el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 19 de mayo de 1989, proferida por el Tribunal - Administrativo de Antioquia, en la cual fueron negadas las peticiones de la demanda.

En el libelo correspondiente (fls. 9 a 41), se solicitó, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, denominada hoy “acción de nulidad y restablecimiento del derecho”, incoada contra la Nación (Ministerio de Justicia) la declaratoria de nulidad del decreto No. 3464 de noviembre 18 de 1986, emitido por el Gobierno Nacional, y en virtud del cual se removió del cargo de Notario 18 del Círculo de Medellín al demandante y se designó en su reemplazo al doctor Rubén Darío López Zuluaga para el período comprendido entre el 1 de enero de 1985 y el 31 de diciembre de 1989, y que, como consecuencia de ello, se ordene el reintegro del actor al mismo empleo del cual fue ilegalmente desvinculado, y el pago de la totalidad de los emolumentos y prestaciones que haya dejado de percibir desde la fecha del retiro del servicio hasta que opere el reintegro.

Además, que se considere que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios notariales, para todos los efectos.

Como petición subsidiaria solicitó la parte demandante la siguiente:

“PETICION SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA.- Que de no poderse efectuar el reintegro, bien por haber culminado el período legal o por cualquier otro motivo, la Nación deberá cubrir al Doctor Restrepo Gutiérrez todos los estipendios, honorarios y auxilios dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación hasta la finalización del período en 31 de diciembre de 1989.

TERCERA.- Que, para el cómputo de la liquidación respectiva por concepto de salarios y prestaciones, la Nación deberá tener en cuenta el último ingreso mensual devengado por el doctor Restrepo Gutiérrez, según informe suministrado a la Superintendencia de Notariado y Registro el 13 de febrero de 1987; y de no ser posible señalar el total de la liquidación por este medio la suma a pagar será la que se determine de conformidad con el procedimiento indicado en el artículo 308 del C. de P. Civil.

CUARTA.- Que la liquidación de la condena deberá hacerse ajustando su valor a la variación del índice de precios al consumidor, como lo determina el artículo 178 del C.C.A., según datos certificados por el DANE y EL BANCO DE LA REPUBLICA.

SECCION SEGUNDA

QUINTA.- Que, la Nación deberá dar cumplimiento a la sentencia dentro del término previsto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.” (fl. 10).

A.- DE LAS CONSIDERACIONES FUNDAMENTALES DEL FALLO RECURRIDO

El *a-quo*, luego de exponer los hechos en que se basó el demandante, consideró que, respecto de las excepciones propuestas por el apoderado del doctor Rubén Darío López Zuluaga, el decreto presidencial impugnado y la resolución del Superintendente de Notariado y Registro que confirma el nombramiento son decisiones independientes y autónomas, por cuanto la de este último funcionario no se encamina a concluir lo que dicho decreto inició sino a verificar si la persona designada satisface o no los requisitos legales; que sostener lo contrario llevaría a que el Superintendente pudiera improbar la manifestación de voluntad del Gobierno, es decir, para dejarla sin efectos, lo que sería un contrasentido jurídico; que todo conduce a concluir que la Superintendencia de Notariado y Registro debió haber sido la entidad demandada, que fué, organizada mediante decreto No. 1659 de 1978 como una unidad administrativa especial, dotada de personería jurídica y patrimonio autónomo, teniendo en cuenta que a la Nación no le corresponde dar cumplimiento al fallo en caso de que se accediera a las pretensiones del libelo, puesto que ella no posee ninguna partida presupuestal destinada a cubrir los emolumentos y las prestaciones dejadas de percibir por los Notarios, ya que tal obligación se trasladó a la comentada Superintendencia desde el momento en que adquirió personería jurídica y patrimonio propio; que como la demanda se dirigió contra la Nación, existe en el proceso una falta de legitimación en causa por pasiva y que no es propiamente un litis consorcio necesario lo que debe predicarse en el caso *sub-examine*, como lo sostienen los apoderados de la Nación (Ministerio de Justicia) y del doctor Rubén Darío López; que así las cosas, no es necesario analizar los argumentos de fondo expuestos por la parte demandante (fls. 163 a 171).

B.- DE LA SUSTENTACION DEL RECURSO INTERPUESTO

El escrito contentivo del recurso de apelación (fls. 174 a 181) señala, entre otras cosas, que los Notarios de Primera Categoría no son subalternos desde el punto de vista jerárquico de la Superintendencia de Notariado y Registro, entidad que ejerce simplemente funciones de inspección, dirección y vigilancia del servicio público de notariado; que su nombramiento no emana de un acto administrativo de la citada Superintendencia sino del Gobierno Nacional, de conformidad con el artículo 5 del decreto 2163 de 1970, y sus actos, hechos y omisiones, por consiguiente, sí comprometen a la administración central nacional, tanto que el artículo 120 del decreto 2148 de 1983 manifiesta que “En los casos

en que la Nación sea condenada por falta en la prestación del servicio notarial, podrá ejercitar la acción de repetición correspondiente”; que frente a la claridad de esta disposición, a nadie se le ocurriría demandar a dicha superintendencia para que respondiera por los perjuicios ocasionados por un documento público elaborado con graves omisiones por un notario; que el Presidente de la República designa notarios de primera categoría, no por delegación sino por atribución directa de competencia, acorde con el artículo 5 del decreto 2163 de 1970, por lo que incurre en una impropiedad en la sentencia apelada cuando se afirma que el Gobierno obró para la Superintendencia; que con este argumento se pretende incluir en los cuadros administrativos de este organismo a los notarios, lo cual resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 116 del decreto 2148 de 1983; que el servicio de notariado es un servicio público que prestan los Notarios y no la Administración Territorial Nacional, por mandato del artículo 188 de la Carta; que lo que ha hecho el decreto 1659 de 1978 es regular la vigilancia notarial, que se cumple por conducto de la Superintendencia anotada, la cual está delimitada en el artículo 210 del Estatuto del Notariado (decreto 960 de 1970), evitando que esa entidad se convierta en Tribunal Jerárquico de la función notarial, en menoscabo de la autonomía que a ésta le corresponde, lo que sería inadmisibles frente a la naturaleza de esta clase de servicio y los fines que cumple en la sociedad; que el acto enjuiciado no fue proferido por la Superintendencia sino por el Gobierno Nacional, por atribución directa de competencia, según el artículo 5 del decreto 2163 de 1970; que en cuanto al argumento de que la Nación no daría cumplimiento a la sentencia que se dictara en su contra, no es viable en este ni en ningún caso, ya que la administración pública tiene un deber de obediencia frente a las decisiones judiciales y existen instrumentos legales para hacerlas cumplir; que no sobra anotar que la Superintendencia de Notariado y Registro tampoco tiene destinada ninguna partida en su presupuesto para cubrir los emolumentos dejados de percibir por los notarios, como consecuencia de decisiones que no han emanado de aquella dependencia.

Concluye el escrito del recurso de apelación, en los siguientes términos:

“Me permito resumir la sustentación del recurso así:

1o. La acción fue propuesta contra la Nación, en donde se originó el acto impugnado.

2o. De conformidad con el Decreto 1659 de 1978 no corresponde a la Superintendencia de Notariado y Registro la prestación del servicio público notarial, ni los Notarios y Registradores son funcionarios dependientes o subordinados de ese organismo.

3o. Según el artículo 5o. del Decreto 2163 de 1970 y los artículos 1, 2 y 3

SECCION SEGUNDA

de la Ley 29 de 1981, los Notarios de primera categoría son nombrados por el Gobierno Nacional para la prestación del servicio público de notariado.

4o. En consecuencia, la Nación responde del restablecimiento de los derechos que resulten vulnerados con el ejercicio de esa atribución directa de competencia, por lo cual la acción estuvo bien propuesta.

No existiendo, pues, en el proceso la falta de legitimación en causa por pasiva, pido que se estudie a fondo el negocio, se revoque la sentencia, apelada y se despachen favorablemente las súplicas de la demanda." (fls. 180 y 181).

C.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado es de opinión de que se confirme la sentencia apelada, por las razones que expone en concepto de marzo 12 de 1990 y que se transcriben a continuación:

"Después de analizar cuidadosamente los elementos de juicio que obran en el expediente, la fiscalía opina que el acto demandado no podía serlo independientemente del confirmatorio del nombramiento proferido por la Superintendencia de Notariado y Registro mediante la Resolución No. 0020 de 5 de enero de 1987 (fl. 46), por cuanto los dos conforman una unidad inseparable ya que la manifestación de la voluntad de la administración esta conformada por estos dos actos, en forma tal que el uno sin el otro, no tiene ningún efecto jurídico. Es un acto compuesto proferido por dos entidades distintas pero con una misma finalidad cual es la de vincular al servicio a una determinada persona.

En efecto, el señor JORGE IGNACIO RESTREPO GUTIERREZ, para entrar desempeñar sus funciones no podía haberlo hecho sin que mediara el acto de nombramiento proferido por el señor Presidente de la República, y el acto de confirmación proferido por la Superintendencia de Notariado y Registro mediante el cual confirma que el designado acredita las calidades para desempeñar el cargo para el cual fue nombrado y el acto de posesión respectivamente la autoridad competente fecha a partir de la cual ha de entenderse que empieza a laborar. Como puede verse si llegare a faltar uno de estos actos no podía existir vinculación laboral con la Administración por lo que resulta lógico concluir- se reitera-, que los actos aquí descritos constituyen una unidad jurídica inescindible.

En este orden de ideas, se tiene que únicamente fue impugnado el acto de

nombramiento, sin haber sido atacado el acto de confirmación que junto con aquel forman los actos por los que se vinculó al doctor RESTREPO GUTIERREZ a su cargo y al quedar vigente este se haría imposible acceder al restablecimiento del derecho solicitado por el demandante.” (fl. 188 a 189).

De esta suerte, al no hallar vicio alguno que incida en lo actuado,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Comparte la Sala las consideraciones hechas por la Agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo de marzo 12 de 1990, en cuanto que la parte actora ha debido igualmente demandar en el caso *sub-judice* el acto de confirmación del nombramiento del doctor Rubén Darío López Zuluaga, es decir, la resolución No. 0020 de enero 5 de 1987 dictada por el Superintendente de Notariado y Registro (fls. 46 y 47), la cual constituye una unidad jurídica inescindible con el decreto acusado No. 3464 de noviembre 18 de 1986 proferido por el Gobierno Nacional (fl. 45).

En efecto, a la luz del artículo 138 del C.C.A., cuando no se individualiza el acto impugnado tal como es él, el ejercicio del derecho de acción carece de sustento jurídico, por lo, que tampoco se traba una verdadera relación procesal. Por ende, el ejercicio inadecuado del derecho de acción impide que la sentencia sea verdaderamente tal. Y es lo sucedido en el caso *sub-lite*: el acto no fue individualizado en su integridad, ya que está contenido no sólo en el decreto No. 3464 de noviembre 18 de 1986, sino también por la resolución No.0020 de enero 5 de 1987 proferida por el Superintendente de Notariado y Registro.

Como en el presente caso sólo se pidió en el libelo que se declarara la nulidad del citado decreto, resulta procedente revocar la sentencia apelada de mayo 19 de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquía en este asunto y, como consecuencia de ello, pronunciar fallo inhibitorio.

El ejercicio incorrecto del derecho de acción, por no demandar la totalidad de los actos, implica la imposibilidad de que la Corporación se pronuncie sobre el fondo de la controversia jurídica planteada en el presente proceso.

Corrobora lo anterior, por decirlo así, el art. 7° de la ley 14 de 1988 que modificó el art. 28 de la ley 78 de 1986, al decir que “la acción electoral caducará en 20 días, contados a partir del siguiente a aquel en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección...” (se subraya), lo que significa que el acto de nombramiento y el de confirmación (cuando ésta es

SECCION SEGUNDA

necesaria para servirle a aquel de coadyuvante) forman un todo y así deben demandarse.

De haberse impugnado tanto el decreto No. 3464 de 1986 como la resolución No. 0020 de 1987 aludidos, hubiera resultado viable jurídicamente demandar a la Nación (Ministerio de Justicia) y a la Superintendencia de Notariado y Registro, que dictaron dichos actos administrativos, si se tiene en cuenta que esta última entidad, de conformidad con las disposiciones legales que la regulan, posee personería jurídica. De allí que de admitirse el planteamiento del *a-quo* en la sentencia apelada, respecto a que el decreto enjuiciado y la mencionada resolución son decisiones independientes y autónomas, habría resultado procedente demandar solo a la Nación al impugnarse en el proceso exclusivamente el decreto No. 3464 de noviembre 18 de 1986.

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 de mayo 19 de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el proceso incoado por Jorge Ignacio Restrepo Gutiérrez.

En su lugar se dispone:

2o.) No hay lugar a pronunciamiento de mérito por ineptitud sustantiva de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día tres (3) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, (ausente); Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**ABANDONO DEL CARGO / PROCESO DISCIPLINAR - Inexistencia
/ PERSONAL DOCENTE / INSUBSISTENCIA/
AUSENCIA INJUSTIFICADA**

Para declarar la vacancia de un cargo docente, basta con que se presente la ausencia injustificada, sin que tal hecho, por su misma naturaleza, requiera prueba diferente al informe del inmediato superior que dé cuenta de ello y sin que se exija previamente la citación de quien incumple, a fin de que justifique su conducta, dadas las circunstancias que rodean el hecho. Es por ello que, el abandono del cargo constituye una situación especial dentro de la relación laboral, que no configura en principio una falta disciplinaria, sino que una vez ocurrido, debe ser declarado por el empleador, a fin de evitar los innegables tropiezos que dicha situación comporta.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Alvaro Leccmpte Luna.*

Referencia: Expediente No. 5855. Autoridades Nacionales. Actor:
MARIO CARBONELL SALAS.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el demandante doctor, Mario Carbonell Salas, contra la sentencia de primero de marzo de 1991, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no accedió a las súplicas de la demanda.

SECCION SEGUNDA

I.- ANTECEDENTES

El doctor Mario Carbonell Salas, en su propio nombre, solicita la declaración de nulidad de las resoluciones Nos. 1033 y 062 de 9 de diciembre de 1986 y 6 de febrero de 1987, respectivamente, por medio de las cuales la rectoría de la Universidad Nacional de Colombia, lo declaró vacante en el cargo de profesor asociado de tiempo completo, por "abandono del cargo". Como consecuencia de la nulidad y a manera de restablecimiento del derecho, solicita se le reintegre al cargo o a otro de igual o superior categoría y se le pague la totalidad de los sueldos, primas, bonificaciones, año sabático, vacaciones y demás prestaciones a que tuviere derecho y que se declare, para todos los efectos legales, que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios.

El actor se desempeñaba como profesor asociado de tiempo completo de la facultad de derecho de la Universidad Nacional desde el 8 de abril de 1975, pero la rectoría de la Universidad, al considerar que se había dado la causal para declarar el abandono del cargo, procedió a desvincularlo de la misma, por medio de la resolución 1033 de 1986, atendiendo el oficio enviado por el Decano de la Facultad de Derecho, en el que informaba que el docente "ha incumplido sistemáticamente todos sus compromisos laborales con la Universidad, como quiera que no ha asistido a la sede del Consultorio en lo que va corrido del período lectivo que se inició el 19 de agosto del año en curso, ni ha participado en reunión alguna con los coordinadores del área, ni con los estudiantes."

La anterior decisión fue confirmada en la resolución No. 062 de 1987, afirmando que la declaratoria de vacancia no es una sanción disciplinaria, sino un acto administrativo en que el nominador declara configurado un hecho cierto que da lugar a tomar tal determinación.

Puede extraerse como argumento central de la demanda, que el profesor cuyo cargo fue declarado vacante considera que previamente a tal declaración debió seguirse el procedimiento que indican las normas sobre régimen disciplinario, a fin de garantizar su derecho de defensa. Que a pesar de consagrar el parágrafo del artículo 70 del acuerdo 045 de 1986 Estatuto de Personal Docente de la Universidad Nacional - **que la vacancia se declara "mediante el proceso correspondiente"**, al docente no se le siguió procedimiento alguno, ni se le abrió investigación, ni se le decretaron o practicaron pruebas, ni si le formularon cargos, tal como se lo exigía a la entidad acusada, el trámite de los procedimientos disciplinarios que consagra su estatuto. Los actos administrativos demandados no sólo desconocieron su derecho a la propiedad privada, sino que

aplicaron retroactivamente la vacancia del cargo, al declararla a partir del 26 de agosto de 1986. (folios 8 a 14).

La Universidad Nacional, al contestar la demanda por medio de apoderada, defiende su actuación afirmando que es un hecho indiscutible que el docente sin justificación alguna, se ausentó del empleo asignado y que no ha presentado los elementos probatorios, que demuestren el justo motivo que lo llevó a ausentarse de las aulas. El procedimiento echado de menos por el actor no era necesario, por cuanto el acto acusado se limitó a declarar la vacancia, una vez configurado el abandono del empleo, sin que se hubiera cometido una falta disciplinaria y el retiro del cargo pueda entenderse como una sanción.

II.- LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, analizó en la siguiente forma cada una de las causales de anulación formuladas en la demanda:

1.- Con relación a la violación del debido proceso, del derecho de defensa y normas pertinentes, consideró que, conforme se analizó en la vista fiscal, una vez recibido el informe de la autoridad competente sobre el hecho de la ausencia de un empleado de su cargo, debe la administración efectuar la declaración de la vacancia del mismo, sin que se requiera ningún procedimiento previo de corte disciplinario. El afectado con la medida, debe justificar su ausencia o demostrar que ésta no existió, evento que al no configurarse en el caso en estudio, da lugar a la desestimación del cargo formulado por la demanda.

2.- En cuanto al posible desconocimiento de "derechos adquiridos" de carácter laboral, si bien estos están protegidos por la legislación, hacen relación a aspectos prestacionales, pero sin que la estabilidad en el ejercicio de un cargo, pueda entenderse como uno de ellos. Por su parte, el artículo 30 de la Constitución Nacional (1886), hace referencia a protección de derechos de carácter patrimonial, no aplicables al caso en estudio.

3.- Al analizar el cargo de nulidad formulado con base en que la sanción contemplada en el artículo 70 del acuerdo 45 de 1986 es una figura jurídica aplicable solo a los empleados de la carrera administrativa y no los de carrera docente, sostiene que dicha objeción sería válida en cuanto el acto acusado fuera el acuerdo 45, pero no así en cuanto al acto administrativo particular y concreto de la declaratoria de vacancia por abandono del cargo. El hecho de que exista un Estatuto de Personal "**Especial**" no impide que ante la situación, generada por la conducta del servidor público, que abandona la prestación del servicio sin necesidad del requisito previo de la existencia de sanciones de

SECCION SEGUNDA

carácter disciplinario o penal, la administración puede declarar, aplicando una regla general, la vacancia del cargo.

4.- En cuanto a la retroactividad del acto administrativo, que se considera violatorio de los artículos 18 a 47 de la ley 153 de 1887, sostuvo que en el campo administrativo, no relacionado con los aspectos punitivo y disciplinario, la administración podía reconocer situaciones con trascendencia anterior en el tiempo. En el caso de la declaratoria de vacancia por abandono del cargo, esta solo puede pronunciarse cuando "previamente" se ha dado el abandono del empleo, dando lugar al acto administrativo declarativo o reconocer del hecho sucedido con anterioridad. Como el abandono del cargo se empezó a configurar desde el 26 de agosto de 1986, actuó bien la administración cuando remitió su manifestación a dicha fecha.

Las consideraciones anteriores llevaron al Tribunal de primera instancia a negar las súplicas de la demanda.

III.- EL RECURSO DE APELACION

El demandante, en su propio nombre, apela la anterior decisión, reafirmando que el acto fue expedido en forma irregular, por cuanto no hubo un procedimiento previo como lo exige la ley, por medio del cual se pudiera comprobar, constatar y probar el abandono del cargo. Eliminar este requisito, como lo hizo el tribunal en su decisión, es negar el derecho de defensa a los particulares.

Como el acuerdo 45 de 1986, estableció la figura de la vacancia por abandono del cargo, no contemplado en la ley orgánica de la Universidad, solicita que se aplique la ley de inconstitucionalidad y se le dé el trámite de una sanción disciplinaria, con el procedimiento especial aplicable en estos casos. Como previa a la expedición de la resolución acusada, no se le permitió probar, por medio de audiencias, que no hubo abandono del cargo o que en tal evento, tenía una justa causa, hacen que el acto sea anulable. Termina afirmando que el verdadero origen de su desvinculación fueron móviles de carácter político.

Obra a folios 151 a 159 del expediente, la vista fiscal de la segunda instancia, que solicita la confirmación de la sentencia apelada.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según la propia afirmación del demandante, la controversia jurídica gira en torno a la legalidad de la actuación administrativa por medio de la cual el

rector de la Universidad Nacional, declaró la vacancia por abandono del cargo de **profesor asociado de tiempo completo que desempeñaba desde 1975**, en forma por demás irregular, cuando previamente no se le permitió ejercitar **su derecho de defensa**.

La anterior objeción tiene como base fundamental el contenido del párrafo del artículo 70 del acuerdo 45 de 1986 -Estatuto de Personal Docente de la Universidad Nacional- en el que, después de señalar las causales taxativas que configuran el abandono del cargo, estableció:

“PARAGRAFO: Comprobado cualquiera de los hechos de que trata este artículo, **mediante el proceso correspondiente**, el rector declarará la vacancia del empleo correspondiente”.

Pretende entonces el libelista, que en cumplimiento de lo ordenado en el anterior párrafo, la entidad educativa hubiera efectuado inicialmente la comprobación **real** del abandono del cargo y posteriormente, a través de un proceso disciplinario, con audiencias y práctica de pruebas, darle la oportunidad al docente de efectuar su defensa, previa a la expedición del acto.

La Sala, al igual que el Tribunal *a-quo* no comparte la anterior interpretación. El artículo 48 del acuerdo ya mencionado, establece las diferentes formas de desvinculación de los docentes de la Universidad Nacional y una de ella es “por abandono del cargo”, como distinta a la sanción disciplinaria (destitución) precedida de un proceso de la misma estirpe. A su vez, el artículo 70 *ibídem* define que en abandono del cargo se, incurre, entre otros, cuando el docente deja de concurrir por cinco días hábiles consecutivos “sin justa causa”, a desempeñar su trabajo entonces, para declarar la vacancia de un cargo docente, basta con que se presente la ausencia injustificada, sin que tal hecho, por su misma naturaleza, requiera prueba diferente al informe del inmediato superior que dé cuenta de ello y sin que se exija previamente la citación de quien incumple, a fin de que justifique su conducta, dadas las circunstancias que rodean el hecho.

Es por ello que, el abandono del cargo constituye una situación especial dentro de la relación laboral, que no configura en principio una falta disciplinaria, sino que una vez ocurrido, debe ser declarado por el empleador, a fin de evitar los innegables tropiezos que dicha situación comporta. Es así como la declaratoria de la vacancia de un cargo, es totalmente independiente de las posibles faltas en que hubiera incurrido el funcionario como consecuencia del abandono de su trabajo y no impide que, posteriormente, se adelante contra éste la correspondiente investigación disciplinaria, tendiente a verificar si su conducta omisiva dio lugar a hechos que deban ser sancionados disciplinariamente.

SECCION SEGUNDA

Por consiguiente, para la Sala, cuando el Estatuto Docente de la Universidad Nacional se refiere a "comprobación de los hechos" y a "mediante el proceso correspondiente", no está significando la obligación de realizar todos los pasos requeridos para imponer una sanción disciplinaria, sino que, al **comprobar** que el hecho omisivo ocurrió, mediante el trámite interno del informe del superior inmediato al Rector, éste debe tomar la decisión de **declarar** el abandono del cargo. Interpretación diferente desdibuja el sencillo trámite que lleva a la administración a proferir esta clase de actos declarativos de una determinada situación.

Obra en los autos evidencia de que el Dr. Carbonell Salas incumplió sus compromisos laborales con la Universidad, desde el momento en que se iniciaron las labores académicas del segundo semestre de 1986, oficio enviado por el decano de la facultad de derecho al rector. La anterior situación llevó al consejo directivo de la facultad de derecho a solicitar la declaratoria de la vacancia del cargo, petición que fue atendida por medio de la resolución No. 1003 de diciembre 9 de 1986, al comprobar que se había configurado la causal prevista en el literal b) del artículo 70 del acuerdo 45 de 1986.

El afectado con la anterior decisión pudo ejercer su derecho de defensa, al interponer su recurso de reposición, sin que los argumentos expuestos allí en su defensa, tuvieran respaldo probatorio alguno, lo que llevó a la rectoría a confirmar su decisión inicial.

Por lo demás, las extensas argumentaciones realizadas en la demanda y reiteradas en los memoriales presentados con posterioridad a la interposición del recurso de alzada, sobre temas tales como la violación del debido proceso, no reconocimiento de derechos adquiridos y de la propiedad privada, así como los cuestionamientos por el efecto retroactivo que se dio al acto declarativo del abandono del cargo, al momento en que éste se realizó, y fueron objeto de juicioso análisis por parte del Tribunal de Cundinamarca, con apreciaciones que comparte la sala en su totalidad y que hacen innecesario un nuevo pronunciamiento sobre ellos.

De acuerdo con lo expuesto, como el proceso disciplinario previo pretendido por el actor, no era necesario para un acto declarativo que no estaba imponiendo una sanción de este tipo y por cuanto no se ha demostrado que el hecho del abandono del cargo no existió y que por tanto el demandante no incurrió en la causal que da lugar a su declaración, la Sala concluye que la presunción de legalidad de los actos aquí demandados no fue desvirtuada y que fue acertada la decisión del Tribunal de no acceder a las Pretensiones de la demanda.

EXP. -5855

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 1o. de marzo de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso de la referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.- Cúmplase.-

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la sala en sesión celebrada el día diez y siete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz (ausente), Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

**SUSPENSION PROVISIONAL / RECURSO DE REPOSICION /
TERMINO / FIJACION EN LISTA**

La oportunidad para recurrir el auto de suspensión provisional no se extiende hasta la fijación en lista, pues el numeral 5 del art. 207 del Código Contencioso Administrativo, no contempla entre sus objetivos la interposición de recurso alguno.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 7239.-. Decretos del Gobierno. Recurso de Reposición. Actor: JOSE E. NARVAEZ Y OTRO.

Decide la Sala el recurso de reposición interpuesto por el apoderado del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social contra el auto de 9 de diciembre de 1992 que decretó la suspensión provisional del Decreto 1172 de 13 de julio de 1992, reglamentario de la Ley 4a. del mismo año, en lo que hace referencia a los servidores públicos que prestan servicios profesionales de salud.

Se dijo en la providencia recurrida que la Ley 4a había señalado las excepciones al principio general contenido en el artículo 128 de la Carta Política y que, al hacer una simple confrontación de la norma con el texto del Decreto acusado, se advertía a primer golpe de vista que en éste se habla omitido el término "honorarios" que es la retribución exceptuada y la que "condensa y precisa el alcance del precepto".

EL RECURSO:

La suspensión provisional fue recurrida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y por la Caja Nacional de Previsión Social.

Sostiene el apoderado del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que la suspensión provisional es una medida de carácter excepcional, como se ha dicho en numerosas providencias del Consejo de Estado, para los casos de flagrante contradicción del ordenamiento jurídico y que pronunciarse, como se hizo en el auto recurrido, sobre el alcance de la facultad reglamentaria ejercida por el Gobierno Nacional desvirtúa el carácter excepcional de tal medida.

De otra parte, alega que no puede afirmarse que exista manifiesta disparidad entre el concepto de honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales y los servidores públicos que presten servicios profesionales de la salud, pues la diferencia radica sólo en la forma de vinculación.

Agrega que frente al encabezamiento del artículo 19 de la ley 4a de 1992 “las siguientes asignaciones”, el concepto de asignación está ligado a las relaciones legales y reglamentarias y que debería entenderse el término “honorarios” del literal e) *ibidem* de conformidad con el de asignación que es el que “lo determina, lo cualifica y lo caracteriza”.

Finaliza diciendo que el trámite legislativo del proyecto de ley N° 32 de 1992 “establece un margen de hermenéutica según el cual la reglamentación que allí se realiza se contrae al régimen salarial y prestacional de los empleados públicos...” y que normas como la del artículo 19 deben entenderse dentro del ámbito de la Ley 4a.

Concluye afirmando que de esta manera no se cumplen los presupuestos exigidos para la suspensión provisional, pues la eventual vulneración requiere un estudio de mayor profundidad.

El recurso de reposición interpuesto por la Caja Nacional de Previsión Social fue extemporáneo, por cuanto el auto impugnado se notificó por estado el 20 de enero de 1993 y el recurso fue presentado el 22 de febrero siguiente. La oportunidad para recurrir el auto de suspensión provisional no se extiende hasta la fijación en lista, pues el numeral 5 del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo, no contempla entre sus objetivos la interposición de recurso alguno. Tal punto ha sido dilucidado en providencia de 5 de octubre de 1990 con ponencia del Consejero Doctor JOAQUIN BARRETO RUIZ, en la cual se dijo que si bien, bajo el régimen de la Ley 167 de 1941 era dable interponer recursos, bajo el actual no es procedente.

SECCION SEGUNDA

Así expresó la Sala:

“Pero la situación actual es bien diferente. la fijación en lista tiene otras finalidades que son precisas. El artículo 207 del C.C.A., tanto el original contenido en el Decreto Extraordinario 01 de 1984, como del 2304 de 1989, establece que la fijación en lista es para que los demandados y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones o solicitar la practica de pruebas.

De ahí que, bajo esta normatividad, ya no puede sostenerse que el término de ejecutoria del auto de suspensión provisional es el de fijación en lista de terceros impugnadores, porque, además, el artículo 62 del Código de Procedimiento Civil que derogó al de la ley 105 de 1931, expresamente consagra el principio de irreversibilidad del proceso frente a los terceros intervinientes cuando ordena que ellos ‘tomarán el proceso en el estado en que se halle en el momento de su intervención’.

Y es lógico que ello deba ser así, pues, resulta muy difícil de entender cómo los terceros impugnadores puedan tener mejor derecho procesal que la parte principal demandada, cuyo término de ejecutoria es el de los tres días siguientes a la notificación de la providencia.” (Auto de oct. 5/ 90. Exp. 5048 Secc. 2a. Cons. Pon. Dr. Joaquín Barreto R. Actor: Juan A. Pabón)

Se resolverá por tanto la impugnación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, para lo cual.

SE CONSIDERA:

Una nueva confrontación entre el Decreto acusado y el artículo 19 de la Ley 4a de 1992 y el artículo 128 de la Constitución Nacional lleva a la Sala a la conclusión de que en efecto, la violación manifiesta que alega el demandante no es tan evidente.

Dice el censor que el Decreto, al referirse a los servidores públicos que presten servicios profesionales de salud, creó una nueva excepción no contemplada en la ley 4a de 1992, pues dicha ley, al consagrar como excepción “los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud” no se está refiriendo a servidores públicos sino a personas particulares.”

Observa la Sala, sin embargo, que como lo afirma el recurrente, el artículo 19 de la ley 4a, al desarrollar el artículo 128 de la Constitución Política, exceptúa de la prohibición de recibir mas de una asignación, “las siguientes

asignaciones:”..... e) los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud”.

Significa lo anterior que en principio puede entenderse que hizo compatible los honorarios con otras asignaciones, entre ellas los sueldos que devengan los “servidores públicos”, de manera que no es claro que el artículo 1° de Decreto 1172 de 1992, al referirse a los servidores públicos que prestan servicios profesionales de salud esté creando una nueva excepción.

Esta circunstancia lleva a concluir que se hace imprescindible profundizar sobre el tema, lo que a la luz del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo rebasa los parámetros de la medida provisional y por ello la Sala, reconsiderando lo dicho en providencia anterior, habrá de revocar la decisión en ella contenida y, en su lugar, denegará la suspensión provisional impetrada.

En consecuencia, la Sala

RESUELVE:

REVOCASE la providencia de 9 de diciembre de 1992, proferida por la Sala dentro del presente proceso y, en su lugar, DENIEGASE LA SUSPENSION PROVISIONAL del Decreto 1172 de 13 de julio de 1992.

RECONOCESE PERSONERIA al Doctor FABIO E. RODRIGUEZ RUBIANO para actuar en representación de la Caja Nacional de Previsión Social.

En firme este proveído, vuelva el expediente al Despacho de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del diez y siete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno (ausente), Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora (Salva voto), Joaquín Barreto Ruiz (ausente), Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA AL AUTO PROFERIDO EL 28 DE JUNIO DE 1993 EN EL PROCESO No.7239.- DECRETOS DEL GOBIERNO.
- ACTORES: JOSE E. NARVAEZ Y OTRA.**

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintinueve (29) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Con todo comedimiento me permito manifestar que en mi opinión ha debido mantenerse el auto por el cual se suspendió provisionalmente el Decreto No.1172 del 13 de julio de 1992, toda vez que en su texto se excluyó tajantemente la denominación de "honorarios", que es la que conforme al artículo 19 de la Ley 4a. de 1992 constituye una excepción, para darle un sentido más amplio y extenso, por manera que resulta contrariando abiertamente el querer del legislador.

Fuera de lo anterior, es evidente que la Sala realizó un estudio juicioso para suspender inicialmente la disposición acusada, que no resulta adecuadamente controvertido por el recurso impetrado, ni desvirtúa su fundamentación. Por tanto, considero que ha debido mantenerse la medida provisoria en toda su integridad.

Con todo acatamiento

Carlos Arturo Orjuela Góngora

ACUMULACION DE PROCESOS

La acumulación de procesos está reglamentada en el artículo 157 del C.P.C. el cual dispone que, además de efectuarse el trámite por el mismo procedimiento, las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda, el demandado sea el mismo y las excepciones propuestas se fundamenten en los mismos hechos, salvo que aquellas tengan el carácter de previas. Estas exigencias de la norma, deben satisfacerse conjuntamente y no de manera alternativa a fin de que tenga viabilidad la medida y en este caso, si bien el demandado es el mismo, no se cumple el requisito respecto de la acumulación de pretensiones para que fuera dable ésta en la misma demanda. El artículo 82 del estatuto procesal señala a este respecto que las varias formuladas podrían acumularse cuando el juez sea competente para conocer de todas, no se excluyan entre si y puedan tramitarse por el mismo procedimiento. Autoriza también la norma la acumulación de pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados con tal que provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia o deban servirse de las mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros. Los actos enjuiciados afectan en forma individual y concreta a cada uno de los libelistas, la situación en la empresa es diferente en cada caso y en tales condiciones, diferente habrá de ser respecto de ellos la decisión que en definitiva se adopte. Pese a que se solicita el reintegro al cargo, no podría hablarse de identidad en tal aspecto ya que las condiciones en que se produciría en el evento de que las peticiones prosperaran, son individuales y específicas para cada uno de los demandantes, es decir su alcance y contenido no es el mismo.

SECCION SEGUNDA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa y tres. (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 7733. Apelación Interlocutorios. Actor: OLGA LUCIA CAMARGO SUAREZ Y JAIRO ALONSO ZAPATA DUQUE Acumulados.

Decide la sala el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente por los apoderados del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", Entidad demandada, contra el auto del 2 de septiembre de 1992 que dispuso la acumulación de los procesos seguidos por OLGA LUCIA CAMARGO SUAREZ Y JAIRO ALONSO ZAPATA DUQUE.

En el proveído objeto del recurso, señaló el *a-quo* que la acción instaurada en ambos casos es la de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 85 del C.C.A. y la Entidad demandada es la misma. Agrega que se cumplen las disposiciones del Decreto 2651 de 1991 sobre descongestión de los despachos judiciales contenidas en el artículo 52 de la anterior norma.

Al impugnar la providencia sostienen los recurrentes básicamente que la acumulación no es procedente porque si bien, en ambos casos la acción es la misma, no se cumple con los requisitos previstos en los numerales 1 y 2 del artículo 157 del C.P.C., que las circunstancias del artículo 82 del estatuto no se observan porque las peticiones no provienen de la misma causa si versan sobre el mismo objeto. En los dos casos, las de tiempo, modo y lugar en que se presentan los hechos son distintas y por lo mismo, estos y los fundamentos son "totalmente diferentes, las pretensiones se excluyen entre sí y el alcance de las mismas es absolutamente diferente" (fl. 10).

Por esta razón se aduce, las pretensiones no habrían podido acumularse y puesto que fueron retirados del servicio mediante actos diferentes, los medios de convicción son los que requiere cada caso independientemente del otro y se pretende el reintegro de sueldos y por estaciones en cuantías distintas. "Las pretensiones de los actores requieren, por ende, de pruebas relativas a cada caso y de acuerdo con las condiciones y situaciones personales, laborales específicas de cada uno" (fl. 15).

Por auto del 14 de octubre de 1992 el tribunal resolvió en forma negativa el recurso de reposición interpuesto y allí hizo énfasis respecto de la acumulación

prevista en el artículo 52 del Decreto citado, en cuanto regula ésta en los procesos laborales (fls. 17-19).

SE CONSIDERA:

Una revisión de los procesos muestra que no habría lugar a declarar la acumulación de los mismos, dadas las características y finalidades propuestas por cada uno de los libelistas. En el caso del promovido por OLGA LUCIA CAMARGO SUAREZ, No 11700, se demanda la nulidad de la Resolución No 111 del 17 de abril de 1991 expedida por el Director Regional del "SENA" de Boyacá, por medio de la cual fue declarada insubsistente del cargo de Jefe Grado 06 de la subdirección Administrativa y Financiera, del "SENA" de ese Departamento y a título de restablecimiento del derecho el reintegro al cargo y el pago de sueldos y demás emolumentos. Ahora, en el proceso No 11761 promovido por JAIRO ALONSO ZAPATA DUQUE, el acto impugnado es el No 138 del 24 de mayo de 1991 expedido por el mismo funcionario y se pretende el reintegro al cargo de Jefe Grado 06 del Centro de Programas de Atención Integral del Sector Agropecuario de la misma Institución y el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir (fls. 27-28 y 45-46 respectivamente).

La acumulación de procesos está reglamentada en el artículo 157 del C.P.C. el cual dispone que, además de efectuarse el trámite por el mismo procedimiento, las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda, el demandado sea el mismo y las excepciones propuestas se fundamenten en los mismos hechos, salvo que aquellas tengan el carácter de previas.

Estas exigencias de la norma, igual como ocurría en vigencia del artículo 149 que regulaba tal aspecto, deben satisfacerse conjuntamente y no de manera alternativa a fin de que tenga viabilidad la medida y en este caso, si bien el demandado es el mismo, no se cumple el requisito respecto de la acumulación de pretensiones para que fuera dable ésta en la misma demanda.

El artículo 82 del estatuto procesal señala a este respecto que las varias formuladas podrían acumularse cuando el juez sea competente para conocer de todas, no se excluyan entre si y puedan tramitarse por el mismo procedimiento. Autoriza también la norma la acumulación de pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados con tal que provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia o deban servirse de las mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros.

Frente a la normatividad anterior que regula la acumulación no comparte la Sala la decisión del *a-quo*, no sólo porque los actos demandados son distintos

SECCION SEGUNDA

sino porque cada uno de los accionantes deduce su propia pretensión de reintegro ante la administración, con independencia del otro. Es evidente que los actos enjuiciados afectan en forma individual y concreta a cada uno de los libelistas, la situación en la empresa es diferente en cada caso y en tales condiciones, diferente habrá de ser respecto de ellos la decisión que en definitiva se adopte. Pese a que se solicita el reintegro al cargo, no podría hablarse de identidad en tal aspecto ya que las condiciones en que se produciría en el evento de que las peticiones prosperaran, son individuales y específicas para cada uno de los demandantes, es decir su alcance y contenido no es el mismo.

Ha sido reiterado en varias oportunidades por la Sala que para la viabilidad de la medida en la modalidad de la *litis consorcio activo* es indispensable la coincidencia plena en alguno de los supuestos que prevé la norma, condición que no se cumple cuando se dan las circunstancias señaladas, diferentes para cada uno de los accionantes, en razón a situaciones personales también distintas. De ahí que las pruebas aducidas para demostrar éstas son las que requiere en cada caso en forma específica, según se observa de las correspondientes demandas. No hay en los procesos relación de dependencia ni conexidad en los objetivos propuestos y en tales condiciones la medida no es viable.

Cabe agregar finalmente que la regulación prevista en el artículo 52 del Decreto 2651 de 1991, según la distinción que establece el precepto, es aplicable sólo en su primer inciso al proceso contencioso administrativo, pero en la parte que hace referencia a los procesos laborales, es claro el sentido de aquélla y de su contenido ha de entenderse que tales procesos son los de la jurisdicción ordinaria.

De los anteriores presupuestos se infiere sin lugar a dudas, que la acumulación en referencia no era procedente y así habrá de declararlo la Sala.

La Sala precisa que si bien, esta clase de providencias no está dentro de las que el art. 181 del C.C.A. consagra como apelables, por referirse a una materia no regulada en este estatuto si no en el C.de P.C., es menester aplicar integralmente las disposiciones de este último ordenamiento, en cuyo art. 159, inciso final, se determina que el auto que decreta la acumulación (entre otros), es susceptible del recurso de alzada.

En tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda,

RESUELVE:

Revócase el auto de octubre catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992) proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá en cuanto no repuso el anterior del 2 de septiembre del mismo año que había decretado la acumulación propuesta y, en su lugar, se declara la improcedencia de la misma.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala el día 17 de junio de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz (ausente), Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria

**MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL / REGIMEN SALARIAL
/ REGIMEN PRESTACIONAL - Derogatoria / GOBIERNO
NACIONAL - Facultades / CONGRESO - Facultades**

De acuerdo con el artículo 150 numeral 19 de la C.N., la expedición de los decretos sobre régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de los miembros del Congreso y de la fuerza pública, no es una competencia exclusiva del Congreso sino compartida con el gobierno nacional. El Congreso dicta las normas generales y señala en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe ajustarse el gobierno y este a su vez, fija dicho régimen salarial y prestacional con base en dichos postulados. Es decir, el gobierno dispone de una competencia decisoria, pero dentro del marco legal que el Congreso le haya señalado. Por consiguiente, se trata de una competencia donde concurren estas dos ramas del poder público. El artículo 215 no regula la facultad del congreso para derogar esta clase de decretos y por lo tanto la sala no encuentra que el artículo acusado infrinja de manera manifiesta el artículo 215 de la C.P., y por consiguiente no es posible acceder a la solicitud de suspensión provisional solicitada.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 7988. Actor: LUIS CARLOS SACHICA APONTE.

LUIS CARLOS SACHICA APONTE, acude en demanda ante esta Corporación, en ejercicio de la acción de nulidad, contra los artículos 2o., 3o. y 35 del Decreto 025 de 1993, proferido por el Presidente de la República y mediante el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de oficiales, suboficiales y otros servidores del Ministerio de Defensa Nacional.

Por reunir los requisitos legales, la demanda habrá de admitirse.

Como en capítulo separado de la demanda se solicita la suspensión del artículo 35 del Decreto 025 de 1993, en el aparte con el cual se deroga el Decreto 335 de 1992, la Sala procede a su examen y decisión, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

1) De conformidad con el artículo 152 del C.C.A., para que la medida de suspensión provisional sea procedente, es indispensable la reunión de los siguientes requisitos:

a) Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda, o por escrito separado, presentado antes de que aquella sea admitida.

b) Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

2) En el presente caso, se solicita la suspensión provisional del artículo mencionado y por medio del cual se deroga el Decreto 335 de 1992.

3) Se afirma en la demanda que el Decreto 335 de 1992 fue expedido con base en el régimen excepcional del Estado de emergencia económica y social y su derogatoria conforme al artículo 215 de la constitución Política, solo podía realizarse directamente mediante ley, dentro del año siguiente a la declaratoria de la emergencia, y por lo tanto el Decreto 25 en cuanto deroga aquél, es manifiestamente inconstitucional a luz del citado artículo 215 de la constitución.

Concluye el actor que “el gobierno derogó una disposición cuya “derogatoria, modificación o adición”, correspondía privativamente al Congreso.”

4) Cita como disposición violada el artículo 215 de la Carta Política, en cuya parte pertinente, dice:

SECCION SEGUNDA

Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el estado de emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

...

El congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo.

5) La facultad que la Carta Política confiere al Congreso mediante esta disposición para derogar estos decretos, la establece con base en que la expedición de tal normatividad es de competencia absoluta de esa Corporación, en condiciones de normalidad, dejando la oportunidad para que este lo haga durante el año siguiente a la declaratoria de emergencia, si la iniciativa en estas materias le corresponde al gobierno, o en cualquier tiempo si la iniciativa es de los miembros del Congreso.

6) Sin embargo, ocurre que de acuerdo con el artículo 150 numeral 19 de la C.N., la expedición de los decretos sobre régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso y de la fuerza pública, no es una competencia exclusiva del congreso sino compartida con el gobierno nacional.

El Congreso dicta las normas generales y señala en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe ajustarse el gobierno y este a su vez, fija dicho régimen salarial y prestacional con base en tales postulados. Es decir, el gobierno dispone de una competencia decisoria, pero dentro del marco legal que el congreso le haya señalado. Por consiguiente, se trata de una competencia donde concurren estas dos ramas del poder público.

7) El artículo 215 no regula la facultad del congreso para derogar esta clase de decretos y por lo tanto la sala no encuentra que el artículo acusado infrinja de manera manifiesta el artículo 215 de la Carta Política. Sin embargo, el análisis de fondo, deberá hacerse en la sentencia que ponga fin a la actuación iniciada, y por consiguiente no es posible acceder a la solicitud de suspensión provisional solicitada.

En mérito lo expuesto, la Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado,

RESUELVE

1) Por reunir los requisitos legales, se admite la demanda presentada en acción pública de nulidad por LUIS CARLOS SACHICA APONTE.

2) Notifíquese personalmente a los **MINISTROS DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO** y de **DEFENSA NACIONAL**, al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y al Agente del Ministerio Público.

3) Fíjese el asunto en lista por el término de cinco (5) días, para los efectos señalados en el numeral 5o. del artículo 207 del C.C.A.

4) Solicítese al Ministerio de Defensa Nacional, los antecedentes administrativos del acto acusado.

5) Niégase la suspensión provisional solicitada

6) No hay lugar a señalar depósito alguno para gastos ordinarios del proceso.

Cópiese y notifíquese

Discutida y aprobada en sesión del día diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1933).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz (ausente), Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

INSUBSISTENCIA / CARGO DE CONFIANZA/ DESVIACION DE PODER

Es relevante la circunstancia de que el accionante se desempeñaba como Jefe de la División Económica Prestacional de la entidad demandada, cargo de libre nombramiento y remoción y por su jerarquía de confianza del nominador, supuesto en el cual, es mayor el grado de discrecionalidad que éste tiene para proceder. Pese a que aparece probado que el reemplazo del accionante no contaba con la experiencia requerida por el manual de funciones, con el título de Abogado sí superaba las calidades de "terminación y aprobación de estudios académicos de economía o derecho" exigidas por la misma norma y por ello, esta circunstancia no puede constituir indicio de desmejora del servicio. Lo razonado es suficiente para determinar que en el sub lite, no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto demandado, y por tanto, habrá de confirmarse el fallo apelado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza De Arenas.*

Referencia: Expediente No. 5242 Apelación Sentencia . Actor: JORGE IGNACIO NARANJO PEREZ.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 27 de junio de 1990 pronunciada por el Tribunal Administrativo de Boyacá en el proceso promovido por Jorge Ignacio Naranjo

Pérez contra la Caja de Previsión Social de Boyacá y Henry Guillermo Barón Neira.

ANTECEDENTES:

El accionante, mediante apoderado, en ejercicio de la acción denominada hoy de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó al Tribunal Administrativo de Boyacá que hiciera las siguientes declaraciones y condenas:

“1.- Que es NULA, por ser violatoria de la constitución y de la ley, la Resolución 1926 de 1987 (septiembre 7), específicamente el art. 1 dictado por el Gerente de la Caja de Previsión Social de Boyacá señor Henry Guillermo Barón Neira y que declaró INSUBSISTENTE el nombramiento del doctor JORGE IGNACIO NARANJO PEREZ como Jefe de la División Económico Prestacional de Caja de Previsión Social de Boyacá, Nivel Ejecutivo, Grado 2, el art. 2 que nombró en su reemplazo al doctor JOSUE I. PEREZ LEMUS y el art. 4 que expresa que la designación del anterior “se entiende hecha en calidad de ascenso”.

“2.- Que como consecuencia de la NULIDAD, se restablezca en sus derechos al doctor JORGE IGNACIO NARANJO PEREZ, en la siguiente forma:

a) Reintegrándolo en el cargo de Jefe de División Económica Prestacional de la Caja de Previsión Social de Boyacá, Nivel (sic) Ejecutivo, Grado 2, o a otro de la misma jerarquía e igual Nivel o Superior Nivel y Jerarquía:

b) Indemnizándole los perjuicios causados con el acto ANULADO, mediante el pago de los sueldos, primas, subsidios, bonificaciones, vacaciones que hubiere podido recibir si no hubiese sido ilegalmente declarado su INSUBSISTENCIA, desde el día siete (7) de septiembre de 1987 y hasta aquel que sea efectivamente reintegrado al servicio, valores incrementados con los aumentos que se decreten en el futuro para los cargos de la misma jerarquía e igual nivel;

c) Disponiendo que para todos los efectos legales y principalmente para los relacionados con prestaciones sociales, se entenderá que no ha habido solución de continuidad en el servicio, desde la fecha en la cual fue desvinculado, hasta aquella en que sea efectivamente reintegrado o restablecido en sus derechos”.

SECCION SEGUNDA

“3.- Que la Caja de Previsión Social de Boyacá dará cumplimiento a la respectiva sentencia dentro del término señalado (sic) en el artículo 176 del C.C.A. e igualmente se tendrá en cuenta el art. 177 *ibídem*”. (fls.8-10)

Posteriormente, se corrigió la demanda, para solicitar únicamente la nulidad del artículo 1o. del acto acusado. (fl.138)

El Tribunal del conocimiento en el fallo recurrido precisó que la supuesta irregularidad en el nombramiento del nominador no pudo incidir en la legalidad de los actos expedidos por él, porque su nombramiento no fue cuestionado y sus actos gozan de la presunción de legalidad; en lo que respecta al hecho de que el reemplazo del accionante no llenaba los requisitos exigidos para ejercer el cargo, consideró que éste era quien no cumplía con tales requisitos, era empleado de libre nombramiento y remoción. no estaba inscrito en carrera y por ello, le eran aplicables las normas que regulan esta clase de situaciones; estimó que tampoco se probó que la insubsistencia obedeciera a motivos políticos u otros diferentes al buen servicio público y si se tiene en cuenta que quien lo reemplazó es Abogado, se desprende que se buscó la mejor prestación del servicio; finalmente puntualizó que entre las funciones del Gerente de la entidad demandada están las de “remover” el personal de la institución, según lo dispone el artículo 15, literal g) de la Ordenanza 05 de 1985, precepto que no pudo ser desconocido por una norma de inferior jerarquía, por lo que concluyó denegando las pretensiones de la demanda. (fls. 198-210)

El apelante al sustentar el recurso, expresó que al expedirse el acto acusado hubo una oculta motivación, que se desprende de la declaratoria de insubsistencia de 27 empleados de la entidad demandada, en el lapso comprendido entre el 6 de agosto al 10 de septiembre de 1987; afirmó que la prueba testimonial acreditó las calidades profesionales, técnicas de idoneidad y competencia de quien trabajó por un espacio de más de 6 años en el cargo, con una experiencia superior a la exigida para su desempeño; dijo que la facultad discrecional se ejerció en este caso por fuera de la ley al remover en 30 días a 27 personas de sus cargos y finalmente acusó el fallo de aplicar el principio de la presunción de legalidad en lo que perjudicaba al accionante y negando su aplicación en lo que le favorecía, por lo que termina pidiendo la nulidad del acto acusado y el restablecimiento impetrador. (fls. 213-214)

La Fiscalía Novena de la Corporación pidió se revoque la sentencia impugnada por considerar que se probó la desviación de poder alegada. Se expresó así la Agencia Fiscal:

“Para esta agencia del ministerio público, dicha inspección judicial, por el número de insubsistencias, la distancia temporal entre una y otra la precariedad del título con que ejercía el señor HENRY BARON NEIRA la calidad de Gerente de la Caja y, por el corto tiempo que estuvo desempeñando el cargo, demuestra fehacientemente la arbitrariedad con que actuó en su administración”. (fls. 238)

Agregó que a excepción de GUIO REYES cuyo testimonio no ofrece credibilidad por haberse posesionado después de la expedición del acto acusado, los demás testigos dicen que el demandante se desempeñó como funcionario idóneo para el ejercicio del cargo.

No observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Ciertamente mediante la inspección judicial se probó que durante la corta gestión administrativa de Henry Guillermo Barón Neira como Gerente de la Caja de Previsión Social del Departamento de Boyacá, se produjeron 27 insubsistencias de servidores de ese organismo, pero esa circunstancia, per se, no puede considerarse como la demostración plena e inequívoca de que en la expedición de todos los actos de insubsistencia hubo una motivación diferente al buen servicio público y al interés general.

En el *sub-examine*, es relevante la circunstancia de que el accionante se desempeñaba como Jefe de la División Económica Prestacional de la entidad demandada, cargo de libre nombramiento y remoción y por su jerarquía de confianza del nominador, supuesto en el cual, es mayor el grado de discrecionalidad que éste tiene para proceder.

Por otra parte, aun cuando el accionante afirma haber terminado y aprobado estudios de economía y un año de derecho, y los testigos oídos en el proceso se refieren a su idoneidad para el ejercicio del cargo por sus conocimientos y capacidades, la Administración, al contestar la demanda, dice que el señor Naranjo Pérez no acreditó la aprobación de estudios académicos de economía o derecho y se pronuncia así sobre su gestión: “El exfuncionario JORGE IGNACIO NARANJO PEREZ, venía desempeñando el cargo en forma empírica y mecanizada, sin el debido análisis y aplicación de la legislación laboral vigente, tal como se ha manifestado en relación a la redacción y confección del Estatuto de Seguridad Social (Decreto 1362 de 1987), en la implementación de la reforma administrativa y financiera (Acuerdo No. 003 de 1985 y Ordenanza

SECCION SEGUNDA

014 de 1985), promoviendo contradicciones de leyes departamentales con leyes del orden nacional, en perjuicio de los afiliados y de la Entidad". Agrega que con su remoción no sólo no se perjudicó el servicio, sino que se mejoró con el nombramiento del profesional Pérez Lemus "por cuanto este funcionario sí acredita el título de Abogado, otorgado por universidad oficialmente reconocida; más aun con la calidad demostrada por el reemplazo del presunto economista, se establece que el profesional JOSUE ISIDRO PEREZ LEMUS tuvo que cursar y aprobar los estudios de cinco (5) años de Carrera de Derecho, en cuyo pensum se consagra la visión completa de las disciplinas jurídico-laborales exigibles para desempeñar en debida forma el cargo de Jefe de División Económica Prestacional el cual viene ejerciendo con competencia por la correcta interpretación y aplicación de las normas y procedimientos sobre el reconocimiento de las prestaciones sociales de los servidores departamentales, afiliados a la Caja de Previsión Social de Boyacá."

Estas últimas afirmaciones de la administración, parecen por lo demás razonables, como quiera que es el mismo demandante quien dice que entre otras labores, en el desempeño del cargo participó en el estudio y elaboración de las normas orgánicas de la entidad, régimen de prestaciones, manual de funciones, estatuto de seguridad social para los afiliados, estudio de contratos, etc, funciones todas, propias de un profesional del derecho y por ello factibles de desarrollar con más propiedad por un abogado.

De manera que pese a que aparece probado que el reemplazo del accionante no contaba con la experiencia requerida por el manual de funciones, con el título de Abogado (fl. 163 C.2.) sí superaba las calidades de "terminación y aprobación de estudios académicos de economía o derecho" exigidas por la misma norma y por ello, esta circunstancia no puede constituir indicio de desmejora del servicio.

Lo razonado es suficiente para determinar que en el *sub lite*, no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto demandado, y por tanto, habrá de confirmarse el fallo apelado.

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 veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa (1990) pronunciada por el Tribunal Administrativo de Boyacá en este proceso.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del día diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, (ausente); Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

ABANDONO DEL CARGO

Si el 15 de octubre de 1985 el empleado debía reasumir sus funciones y el 7 de noviembre siguiente aún no se había presentado a ejercer las funciones para las que había sido encargado a partir del mismo 15 de octubre, aparece evidente la ausencia del actor por más de tres días consecutivos y ceñida a la realidad la motivación del acto acusado.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 5247. Apelación Sentencia. Actor: ARMANDO GUZMAN PENILLA.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de junio 13 de 1990 pronunciada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el proceso promovido por Armando Guzmán Penilla contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.

ANTECEDENTES:

El accionante, mediante apoderado, en ejercicio de la acción denominada hoy de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó al tribunal del conocimiento, lo siguiente:

"1o) Es NULA la Resolución Nro. 215 de fecha 22 de noviembre de 1985, aprobada por el señor Gerente de la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO mediante la cual se declaró la vacancia del cargo de gerente regional suroccidente a mí mandante Doctor ARMANDO GUZMAN PENILLA".

"2o) LA CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO, pagará al Doctor ARMANDO GUZMAN PENILLA, los sueldos dejados de percibir, desde la fecha en que fue declarado vacante de su cargo, hasta el día en que sea restablecido en dicho cargo o en otro de igual o superior categoría y sueldo, así como las primas y partidas suplementarias a que tenga derecho."

"3o) Para efectos de las Prestaciones Sociales se entenderá que no ha habido solución de continuidad en las relaciones de servicio que unían al Doctor ARMANDO GUZMAN PENILLA, con la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO".

"La sentencia deberá cumplirse dentro del término y en las condiciones señaladas en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo". (fl. 27)

El Tribunal en el fallo recorrido considera que el acto acusado no se expidió con falsa motivación, toda vez que el accionante debió presentarse a laborar después de haber sido suspendido por 60 días calendario, el 15 de octubre de 1985, primer día hábil siguiente después de vencerse el término de suspensión y sin embargo, lo hizo el 16 del mismo mes y año a las 3.30 p.m.; anota igualmente el *a-quo* que para declarar la vacancia sólo basta establecer el hecho del abandono y que como al demandante le correspondía justificar su ausencia, y no lo hizo incurrió en abandono del cargo. En consecuencia no accedió a las súplicas de la demanda. (fls. 202-207)

Al sustentar el recurso, el apelante insiste en la falsa motivación del acto acusado, porque se afirma que el demandante no concurrió a trabajar los días 15, 16 y 17 del mes de octubre de 1985, cuando existen evidencias de que lo hizo el 16; dice que Si la motivación del acto es falsa y si esa situación fáctica no tuvo existencia, tampoco puede aplicarse la tipicidad que del abandono del cargo trae el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973, puesto que no hubo la ausencia durante tres (3) días a que se refiere el acto demandado.

Dice que la Gerencia de la Caja por Resolución No. 192 de octubre 11 de 1985 había designado al accionante para desempeñar otro cargo en Bogotá, por lo que no se comprende que se le hubiera declarado el abandono del cargo

SECCION SEGUNDA

que ocupaba con anterioridad, lo que demuestra el ánimo de perjudicar al demandante e indica un segundo error y una segunda falsa motivación. (fls. 209-216)

La Fiscalía Quinta de la Corporación opina que, no es cierto que el demandante, sin justa causa, hubiera dejado de concurrir a su trabajo, los días 15, 16, 17 y subsiguientes del mes de octubre de 1985 a desempeñar el cargo respecto del cual se declaró su vacancia y, por lo tanto, pide se acceda a las súplicas de la demanda pero limitando el pago de sueldos y demás emolumentos hasta el 10 de diciembre de 1985 fecha en que se le destituyó del empleo (fls. 239-245)

Agotado el trámite de ley y no observándose causal de nulidad procesal, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Se trata de determinar si la Resolución No.215 de noviembre 22 de 1985 expedida por el Gerente General de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, por la cual se dispuso declarar la vacancia del cargo del Gerente Regional Sur Occidente que desempeñaba el accionante, se ajusta o no a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la materia.

En la mencionada Resolución se señala en uno de sus considerandos "que Armando Guzmán Penilla no concurrió al trabajo los días 15, 16, 17 y subsiguientes del mes de octubre de 1985". (fls. 4 y 59)

Como fundamento legal, cita la Resolución el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973 que dispone en su numeral 2o. que el abandono del cargo se produce cuando el empleado sin justa causa, "deja de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos".

Los anteriores son los motivos de hecho y sustento jurídico en que se fundamentó el acto demandado.

Ahora bien, consta en el expediente que previa a la declaratoria de vacancia del cargo, el accionante había sido suspendido provisionalmente en su desempeño por treinta (30) días calendario, según Resolución No. 137 de agosto 12 de 1985, (fls 9-10) y por Resolución 170 de septiembre 10 de 1985 se prorrogó el término de suspensión por treinta (30) días calendario más (fls 62-63). La suspensión venció el 13 de octubre, o sea que el día 15 de octubre, día hábil siguiente, debía el empleado reasumir sus funciones.

También consta que por Resolución 192 de octubre 11 de 1985 y a partir del 15 de octubre, fue encargado el accionante para desempeñar las funciones de "Asistente de la Subgerencia de Crédito de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, desvinculándose totalmente de las propias de su actual cargo" (fl. 69). De esta determinación fue enterado el 16 de octubre de 1985 a las 3 pm. según consta en el acta que obra a folios 17 y 18 y luego por correo certificado cuya constancia aparece a fls. 169-170.

Por otra parte, a fl. 19 aparece copia de una comunicación remitida por el señor Guzmán Penilla al Subgerente Administrativo de la Caja, que da cuenta de que el 7 de noviembre de 1985, el actor no había asumido sus nuevas funciones e insistía en que se le permitiera ejercer la gerencia de la Zona sur occidente.

Pues bien, si el 15 de octubre de 1985 el empleado debía reasumir sus funciones y el 17 de noviembre siguiente aún no se había presentado a ejercer las funciones para las que había sido encargado a partir del mismo 15 de octubre, aparece evidente la ausencia del actor por más de tres días consecutivos y ceñida a la realidad la motivación del acto acusado.

El señor Guzmán Penilla no podía negarse sin justificación a asumir el encargo que le fue conferido y no justificó ni ante la administración ni ante la jurisdicción el no haberlo hecho.

De otra parte, el encargo, aún con desvinculación de las funciones propias, no constituye traslado como lo entendió la Fiscalía, de manera que pese a él, el señor Guzmán Penilla continuó siendo el titular del empleo de Gerente de la Regional Sur-Occidente y por ello la declaratoria de vacancia de este cargo no es en forma alguna irregular.

Lo razonado permite a la Sala concluir que la Resolución 215 de noviembre 22 de 1985 no adolece de nulidad como lo estimó el Tribunal, en la sentencia que habrá de confirmarse.

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 trece (13) de junio de mil novecientos noventa (1990) proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el proceso invocado por Armando Guzmán Penilla.

SECCION SEGUNDA

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del día diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz (ausente), Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

**FUNCIONARIO JUDICIAL / CONFIRMACION -
Improcedencia / CONVICCION MORAL / REVOCACION DE
NOMBRAMIENTO / Inconsistencia.**

El artículo 8o., numeral 8o. del Decreto 1660 de 1978 consagra la prohibición de designar funcionarios o empleados de la Rama Judicial a “las personas respecto de las cuales exista la convicción moral de que no observan una vida pública o privada compatible con la dignidad del empleo”. Y el artículo 66 *ibídem* dispone que la autoridad competente para hacer la confirmación podrá negarla cuando el designado no acredite adecuadamente el cumplimiento de los “requisitos y calidades”. La convicción moral es algo que pertenece al fuero interno de las personas, proviene de la personal y razonable apreciación que se hace de los actos humanos para compararlos con las reglas de conducta aceptadas por la sociedad, de manera que es suficiente que en la mente del nominador, aparezca una falta de conformidad entre estas reglas y la conducta de la persona nominada para que se dé la causal de inhabilidad para desempeñar el empleo.

**ACTO DE NOMBRAMIENTO / ACTO DE CONFIRMACION /
ACTO COMPLEJO**

El acto de nombramiento o elección integra con el de confirmación una unidad jurídica, de manera tal que el primero no puede producir efectos jurídicos plenos sin el segundo y si el acto posterior deniega la confirmación, el nombramiento pierde todos sus efectos legales, como aconteció en el *sub-examine*; por tanto no puede hablarse en este caso de revocación de nombramiento, figura jurídica, cuyas

SECCION SEGUNDA

causales aparecen relacionadas en el artículo 63 del Decreto 1660 de 1978 y que difieren fundamentalmente de los requisitos para la confirmación en el cargo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza De Arenas*

Referencia: Expediente No. 5395. Apelación Sentencia

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 16 de abril de 1990 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar denegó las pretensiones de la demanda en el proceso promovido por Antonio José Durán Tafur contra la Nación-Ministerio de Justicia -Rama Jurisdiccional-.

El accionante, mediante apoderado, en ejercicio de la acción denominada por la época, de plena jurisdicción, solicitó al Tribunal Administrativo de Bolívar que hiciera las siguientes declaraciones y condenas:

“a) Sírvase Ud. declarar la nulidad de los Acuerdos Ordinarios Números 400 y 405 de fecha julio quince (15) y Agosto cinco (5) del presente año, ambos emanados del H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Judicial de Cartagena, por medio de los cuales se negó la confirmación del Dr. ANTONIO JOSE DURAN TAFUR, como Juez Civil del Circuito de Magangué (Bolívar)”.

“b) Como consecuencia de lo anterior, en la misma sentencia, se ordenará al H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Judicial de Cartagena, la confirmación del Dr. ANTONIO JOSE DURAN TAFUR, como Juez Civil del Circuito de Magangué para la terminación del período que comenzó el 1o. de septiembre de mil novecientos ochenta y uno (1981) y que finaliza el 30 de Agosto de mil novecientos ochenta y tres (1983)”.

“c) Condénese a la Nación Colombiana (Ministerio de Justicia - Rama Jurisdiccional) al pago de los sueldos dejados de devengar por el Dr. ANTONIO DURAN TAFUR, desde el día seis (6) de Agosto del presente año, fecha en que debió posesionarse del cargo de Juez Civil del Circuito de Magangué (Bolívar), hasta el día en que se poseione legalmente del cargo, y si ya el período hubiese vencido al

preferirse la sentencia se ordenará el pago hasta el día treinta y uno (31) de Agosto de mil novecientos ochenta y tres (1983), en que se finaliza el período para el cual fué nombrado. Esta condena deberá hacerse razón de SETENTA Y UN MIL DOSCIENTOS PESOS (\$71.200,00) MCTE., mensuales, por ser el sueldo que debía devengar mi poderdante, como Juez Civil del Circuito de Magangué, con su prima de antigüedad incrementada.”

“d) Condénese a la Nación Colombiana (Ministerio de Justicia - Rama jurisdiccional) al pago de los perjuicios morales a que haya lugar; a razón de UN MIL GRAMOS DE ORO (\$1.000,00)” (fls 1 y 1 vto.)

El Tribunal no accedió a las pretensiones de la demanda, por considerar que con la expedición de los actos demandados no se quebrantaron los artículos 8o. y 66 del Decreto 1660 de 1978 que tratan las inhabilidades para ser designado funcionario o empleado de la Rama Jurisdiccional y de la confirmación de nombramientos, respectivamente, por cuanto determinó que el nominador tuvo la convicción moral de que el demandante estaba inhabilitado para desempeñar el cargo, por lo cual, se abstuvo de confirmar su nombramiento y declaró sin efecto la elección recaída en dicho Abogado. (Flo. 71-79).

El accionante al interponer el recurso de apelación expresó su inconformidad con el fallo, alegando que la equivocación en que incurra un juez no puede ser motivo de inhabilidad; consideró que las inhabilidades de que trata el artículo 8o. del Decreto 1660 de 1978 se refieren al nombramiento y no a la confirmación y dice que el demandante reunía los requisitos para ser confirmado como Juez Civil del Circuito de Magangué, de acuerdo con lo previsto en el artículo 66 del Decreto 1660 de 1978; que con el proceder del nominador se violaron los artículos 63 del Decreto 1660 de 1978 que trata de la revocación del acto de provisión; el 27 *ibidem* que consagra los derechos de los designados en propiedad, el 178 *idem* que determina el procedimiento averiguatorio y los artículos 186 y siguientes que se refieren a la competencia para sancionar y el 201 sobre el procedimiento para sancionar. (fls. 80-81).

La Fiscalía Novena de la Corporación pidió se confirme la sentencia impugnada, debido a que si bien el demandante demostró que reunía los requisitos legales para desempeñarse como Juez, no pudo demostrar sus calidades; consideró que las personas elegidas para la función judicial deben ser pulquérrimas e impolutas; precisó que el principio de favorabilidad es válido en materia penal, pero no en la actividad administrativa, cuyo principio rector es el de legalidad; finalmente dijo que la discrecionalidad en

SECCION SEGUNDA

la designación de funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional va más allá de la ley, hasta el campo moral, por lo que los actos demandados se encuentran dentro de las disposiciones legales y reglamentarias vigentes al momento de su expedición. (fls- 91-97).

No observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Se pretende la nulidad de los Acuerdos números 400 de julio 15 de 1982 y 405 de agosto 5 del mismo año, proferidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, por los cuales, se negó la confirmación del nombramiento hecho al accionante en el cargo de Juez Civil del Circuito de Magangué, se declaró sin efecto la elección recaída en dicha persona y se negó reponer tal decisión.

El motivo que se expresó en los actos acusados como fundamento de la decisión de la Corporación Judicial de no confirmar el nombramiento del accionante en el cargo para el que había sido designado, fue el de la convicción moral de que el nombrado no observaba una vida pública o privada compatible con la dignidad del empleo de Juez, convicción que surgió del siguiente examen, consignado en el primer acto acusado.

“El doctor Antonio José Durán Tafur, en su carácter de Juez Promiscuo del Circuito de Sucre (Sucre) condenó a la Caja Agraria a pagar, por costas y por perjuicios, la cantidad de diecisiete millones de pesos, perjuicios que se dice se ocasionaron con ocasión del embargo preventivo, que duró diez meses, de una maquinaria agrícola. Y fijó, por la actuación del abogado gestor, honorarios en la cantidad de cuatrocientos mil pesos.”

“Tanto en la primera como en la segunda instancia se cuestionó la legalidad de un auto de esa naturaleza que fue proferido un mes después de que se decretó el levantamiento del 50% del embargo de lo bienes, a espaldas, se dice, de las partes que no tenían por qué tener un asalto cuando ya se había ejecutoriado una providencia; la decisión, pues, se tomó como adición del dicho auto ejecutoriado.

“Sin entrar a discutir sobre la legalidad o ilegalidad de una providencia que adiciona a otra que ya se hallaba ejecutoriada, pues ese no es el *thema decidendeúm*” en este caso, cabe sí resaltar la desproporción ilimitada no sólo de los perjuicios, con relación a los bienes embargados, sino la

tasación de las agencias en derecho. Y no puede ser de recibo, como motivo de exculpación que unos (los perjuicios) y otras (las agencias en derecho) fueron dosificados con fundamento, el primero en un dictamen pericial y las otras en virtud de retasa. El juez no puede ser a la "*mise en scene*" en que se mueven los protagonistas del proceso sólo un personaje de secundario papel ejecuta la trama al compás que le marquen las partes o los auxiliares de la justicia. La peritación de esa naturaleza, en bienes de exigua valorización (proporcionalmente a los perjuicios predicados), bienes; que sólo fueron embargados en un 50% merecía una crítica severa, sin que para el efecto fueran necesarios especializados conocimientos técnicos o científicos del juzgador. Bastaba acudir a las reglas de la experiencia para intuir que sí, como se ha dicho, los bienes embargados, en su totalidad no alcanzaban a la cantidad de \$2.500.000,00 resultaba irritante, por decir lo menos, aceptar que en diez meses produjeran beneficios en cantidad tasada en \$17.500.000,00, es decir, más de seis veces su valor, o sea el 74% mensual. El gigantismo de las cifras, la posibilidad de una ilegalidad de un auto proferido un mes después de la ejecutoria del que se adicionaba y, sobre todo el pronunciamiento del mismo casi que a espaldas de la parte contraria, dan una especial dimensión y colorido al dispositivo que autoriza declarar la inhabilidad moral por convicción íntima y propicia una proposición para que la Sala se abstenga de confirmar al doctor Antonio José Durán Tafur en el cargo de Juez Civil del Circuito de Magangué, para el cual fue nombrado por el Tribunal mediante Acuerdo No. 381 de mayo 3 de 1982."

"Si a lo dicho se suma el testimonio del doctor Felipe Abisambra Abuchar, conforme al cual el funcionario se desplazó desde Magangué a esta ciudad con el apoderado de la parte favorecida en carro pagado por éste, los argumentos que han contribuido eficaz y decididamente para formarse el juicio ameritado, cobran marcados y nítidos relieves que le otorgan especial dimensión. No se trata de calificar insularmente esta conducta, pues vista así resultaría inane, ambigua o contigente. Pero sumada a los antecedentes expuestos, la sola afloración de naturales escrúpulos era causa suficiente para que el funcionario se abstuviera de esa familiaridad que, inocentes o no en su insularidad, dan real pávulo para interpretaciones maliciosas a los ojos de quienes esperan una administración de justicia inmaculada y vincularmente divorciada de la más leve sospecha de deshonestidad; y al Tribunal la convicción moral íntima de inhabilidad ética. Otro tanto debe decirse en relación con la nota enviada por la Dra. Rosa García Jiménez a la Auditoría General de la Caja Agraria. (fls. 8,9 y 10)

SECCION SEGUNDA

El artículo 8o., numeral 8o. del Decreto 1660 de 1978 consagra la prohibición de designar funcionarios o empleados de la Rama Judicial a "las personas respecto de las cuales exista la convicción moral de que no observan una vida pública o privada compatible con la dignidad del empleo". Y el artículo 66 *ibídem* dispone que la autoridad competente para hacer la confirmación podrá negarla cuando el designado no acredite adecuadamente el cumplimiento de los "requisitos y calidades".

La convicción moral es algo que pertenece al fuero interno de las personas, proviene de la personal y razonable apreciación que se hace de los actos humanos para compararlos con las reglas de conducta aceptadas por la sociedad, de manera que es suficiente que en la mente del nominador, aparezca una falta de conformidad entre estas reglas y la conducta de la persona nominada para que se dé la causal de inhabilidad para desempeñar el empleo.

Lo anterior aunado a la circunstancia de que el hecho que llevó a la autoridad nominadora a la convicción moral de que la persona elegida estaba inhabilitado para desempeñar el cargo, está debidamente probado y a que el razonamiento fue consignado en los propios actos acusados, son elementos que llevan a la Sala a la certeza de que el proceder del Tribunal Superior de Cartagena se ajustó al ordenamiento jurídico, pues ciertamente el nombrado no probó tener las calidades para ser Juez de la República.

De otra parte el acto de nombramiento o elección integra con el de confirmación una unidad jurídica, de manera tal que el primero no puede producir efectos jurídicos plenos sin el segundo y si el acto posterior deniega la confirmación, el nombramiento pierde todos sus efectos legales, como aconteció en el *sub-examine*; por tanto no puede hablarse en este caso de revocación de nombramiento, figura jurídica, cuyas causales aparecen relacionadas en el artículo 63 del Decreto 1660 de 1978 y que difieren fundamentalmente de los requisitos para la confirmación en el cargo.

Tampoco se trata de la imposición de una sanción disciplinaria, sino de la verificación por parte de la autoridad nominadora de -una causal de inhabilidad prevista en la norma reglamentaria, luego no pudieron quebrantarse los artículos 27, 178, 186 y 201 del Decreto 1660 de 1978 con la expedición de los actos acusados.

Lo discurrido es suficiente para que la Sala determine, que los actos demandados se ajustan a la normatividad superior que regulaba la materia, porque no se desvirtuó la presunción de legalidad que los ampara y, en tal

virtud, habrá de confirmarse el fallo recurrido, que así mismo se ajusta a la realidad fáctica y legal.

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 dieciséis (16) de abril de mil novecientos noventa (1990) pronunciada por el Tribunal Administrativo de Bolívar en el proceso promovido por Don ANTONIO JOSE DURAN TAFUR, contra la Nación-Ministerio de Justicia.-

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la sala en sesión del día diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz ;(ausente), Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

DESVIACION DE PODER

Los motivos que tuvo el nominador, para remover al accionante, fueron mas personales que de mejoramiento de la administración de la Licorera, proceder que obviamente encaja en la causal de anulación de los actos administrativos denominada desviación de poder, en virtud de que la facultad discrecional de remoción que la ley otorga, se utilizo con una finalidad distinta de aquella para la cual se le invistió.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No.5492. Apelación Sentencia.Actor::LUIS ALFONSO RIVERA MORENO.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la Empresa Licorera del Norte de Santander, entidad demandada en el presente proceso, contra la sentencia de 9 de noviembre de 1990 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander por la cual se declaró la nulidad de la Resolución No. 435 de 3 de junio de 1988, dictada por la Gerencia General de dicha empresa, que dispuso declarar insubsistente el nombramiento del señor Luis Alfonso Rivera Moreno del cargo de Ingeniero Químico Jefe del Departamento de Producción de esa Licorera, se ordena su reintegro al mismo cargo, el pago de los haberes dejados de percibir a raíz de su desvinculación del empleo y se estableció que para todos los efectos legales y prestacionales se considerará que no ha existido solución de continuidad en la prestación de servicios del demandante.

LA SENTENCIA

El Tribunal fundamentó su decisión favorable a las pretensiones del actor en el hecho de que se probó la desviación de poder por parte del nominador, pues expidió el acto acusado en orden a satisfacer una animosidad personal, con un móvil de desafecto o de rencor que le produjo el altercado con el ingeniero Luis Alfonso Rivera Moreno, al sentirse ofendido por una de sus réplicas que, entre otras cosas, el a quo consideró “razonables, en aras de garantizar eficiencia y continuidad en el control de calidad de los productos de la Empresa, de cuya función precisamente y de manera expresa se le había encargado como sustituto del Dr. Pedro Antonio Villán Rojas, según aceptación que de su nombre dio el Ministerio de Salud Pública” (folio 219).

EL RECURSO

Al sustentarlo, el apoderado de la empresa demandada redarguyó que si el Tribunal admitió que el accionante era un empleado de libre nombramiento y remoción, que la resolución de insubsistencia no requería motivación, como en efecto no la tiene, no podía luego afirmar que “se expidió con desviación de las atribuciones propias del gerente de la época, ni mucho menos asegurar que el supuesto “incidente” de que hablan los testimonios, fue determinante en la emisión del acto acusado, ya que como muy bien lo dice la Sala, a tal afirmación no puede llegarse por vía directa, porque carece de motivación explícita”. (folio 226).

De igual manera el recurrente advierte que el desafecto o rencor hacia el actor por parte del nominador, no puede aceptarse como móvil del acto acusado, por cuanto las declaraciones recepcionadas no prueban que el Gerente de la Empresa albergara esos sentimientos frente a aquel, a tal punto que lo condujeran caprichosamente a declarar la insubsistencia de su nombramiento y que no puede admitirse que el incidente narrado por los, testigos, haya hecho reaccionar al expedidor del acto, en forma tal, que el rencor lo llevara “irresponsablemente a prescindir de los servicios de un empleado de libre nombramiento y remoción.” (folio 226).

LA VISTA FISCAL

La Agencia del Ministerio Público conceptúa que la sentencia recurrida debe confirmarse; tras precisar que de las declaraciones de los testigos se desprende que el 3 de Junio de 1988, efectivamente ocurrió el incidente relatado en el libelo, razona así:

SECCION SEGUNDA

“... resulta evidente, que se configuró la desviación de poder alegada, pues existió un propósito deliberado del nominador de remover de su empleo a quien consideraba que le había faltado al respeto, al haberle formulado las aclaraciones comentadas. Estas observaciones hechas por el demandante y su compañero al Gerente, en verdad tenían respaldo legal y fáctico, ya que el Ministerio de Salud otorgó la Licencia Sanitaria de Funcionamiento a la empresa demandada, , sobre la base de que el Director Técnico era el Ingeniero Pedro Antonio Villán Rojas y que en ausencia del titular del cargo lo desempeñaría el actor. Por ello, no era apropiado que se le concedieran vacaciones simultáneamente a estos dos funcionarios, dada la circunstancia que por dicho lapso la fábrica de alcohol carecería de un Director Técnico, aceptado por el Ministerio de Salud, que reuniera las calidades exigidas en el artículo 9o. del Decreto 3192 de 1983 (folio 26).

Y agrega:

“... Por lo demás, es manifiesto que el servicio no se mejoró con la remoción del actor de su cargo, pues fue reemplazado por el señor Miguel Francisco Nilo (folio 150), quien tan solo tenía una experiencia en la empresa, relacionada con el control y producción de alcohol y licores de menos de cuatro (4) años, inferior a la requerida en la Resolución No.275 bis del 25 de mayo de 1985 para desempeñar el cargo en comento de Jefe de Departamento (folios 112 y 113). La larga trayectoria del doctor Luis Alfonso Rivera Moreno en la Empresa Licorera de Norte de Santander, superior a los diecisiete (17) años (folio 10), comparada con la relativamente corta del ingeniero Nilo M., llevan a la convicción a esta Fiscalía que en realidad el fin buscado no fue la conveniencia o la mejor eficiencia en la prestación del servicio, sino la de desfogar la rabia del Gerente surgida como consecuencia de las observaciones atinadas hechas por el demandante.”

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

La *litis* gira en torno a la legalidad de la resolución No. 435 del 3 de junio de 1988, proferida por el Gerente General de la Empresa Licorera de Norte de Santander, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor del cargo de Ingeniero Químico Jefe del Departamento de Producción de esa empresa.

Según voces del artículo 52 del Decreto 984 del 20 de mayo de 1983, de la Gobernación del Departamento de Norte de Santander, por el cual se adoptan los estatutos internos de la entidad demandada, los Jefes de Departamento, al igual que el Gerente General y el Secretario General, son funcionarios de libre nombramiento y remoción (folio 53), por tal razón el nominador podía declarar insubsistente el nombramiento del demandante en forma discrecional por razones de servicio.

Ahora bien, en autos se acredita que la determinación impugnada, surgió como consecuencia de un incidente ocurrido entre el Gerente y el actor, a raíz de las advertencias que éste le hiciera acerca de las calidades profesionales que, dado el cargo y funciones que desempeñaban tanto el accionante como el titular del cargo de Director Técnico, debían “ostentar las personas que los reemplazarían durante el período en que, por orden de la administración, simultáneamente debían disfrutar de vacaciones (folios 13 y 110).

En efecto, los señores Pedro Antonio Villán Rojas (folio 161 a 164) y Gladys de Fiallo (folios 165 166) deponen en forma coincidente que el 3 de junio de 1988, a eso de las 2 pm, en la oficina del demandante y del Dr. Villán Rojas, Director Técnico, a la cual había llegado el Gerente de la Empresa en compañía de las señoras María Victoria Asela de Slebi, Carolina de Hernández y Ana Dolores de Mendoza, en su orden, Secretaria General, Ingeniera Química del Departamento de Control de Calidad y Auditora Fiscal, se presentó un cruce de palabras entre el actor, el Dr. Villán Rojas y el Gerente y, acto seguido, se, produjo la resolución de insubsistencia cuya legalidad se impugna en el *sub lite*.

Por otra parte el testigo Oscar Hernando Ross Pérez (folios 177 178), por haberlo escuchado del propio Dr. Vera Ramírez, Gerente de la entidad demandada, afirma que la remoción se produjo porque, según el nominador, el accionante le faltó al respeto, y la señora María Victoria de Slebi, Secretaria General de la Licorera dice:

“Fue aproximadamente a las dos de la tarde, cuando llegué a mi despacho, el Dr. VERA me solicitó que lo acompañara a la oficina que tienen los dos ingenieros químicos, en ese momento el gerente se encontraba acompañado de la Ingeniera Química, CAROLINA DE ALVARADO e igualmente le solicitó a la auditora de la Contraloría en la Empresa Sra. LOLA CAROLINA MENDOZA que lo acompañara. Allí en la oficina el Gerente les preguntó a los ingenieros químicos sobre si reposaban allí los libros y documentos en donde se llevaba el control de la utilización de materia prima y análisis de las preparaciones, los ingenieros químicos Rivera y

SECCION SEGUNDA

Villán contestaron que sí, pero sin embargo el Dr. Vera no les solicitó que se los mostraran. El Dr. Villán preguntó que por que (sic) estaba presente la Dra. CAROLINA DE ALVARADO, el Gerente le respondió porque iba a hacer la persona que lo reemplazaría Los doctores Villán y Rivera hicieron referencia que existía una disposición de la corrijo (sic) del Ministerio de Salud, en donde el Director Técnico de la Empresa era el Dr. Villán y en su ausencia el Dr. Rivera, además que los dos ingenieros los reemplazarían durante las vacaciones no estaban en capacidad para asumir estos cargos ya que según criterios de ellos no se habían preocupado por aprender las funciones que ellos desempeñaban. El Dr. Vera dijo más o menos que cualquier ingeniero químico podía conocer cómo se fabricaba un producto mediante una fórmula, el Dr. Rivera le dijo que siempre que alguien que era recién egresado de la Universidad o empezaba una carrera tenía que tener una experiencia y le hizo referencia a él que cuando había salido de arquitecto seguramente había tenido que pasar por un período de aprendizaje práctico. No me acuerdo si él, el Gerente Dr. Vera dijo esas palabras pero sí se acaloró, le chocó las palabras del Dr. Rivera. Terminada la reunión cada quien se fue a su respectivo trabajo el Dr. Vera pasada media hora aproximadamente me llamó a su despacho para informarme que había ordenado a la secretaría elaborar la resolución declarándolos insubsistentes a los dos ingenieros químicos que estuviera pendiente para la firma de la misma" (folios 179 y 180).

No hay duda entonces de que el incidente relatado motivó la insubsistencia como lo consideró el *a quo*, reacción que la Sala encuentra desproporcionado e injustificada, como quiera que las advertencias sobre la inconveniencia de salir simultáneamente a vacaciones los dos responsables de la producción ante el Ministerio de Salud y las condiciones profesionales que debían ostentar sus reemplazos hechas por el actor, eran ciertas, si se tiene en cuenta que por medio del oficio No. 07435, de 27 de noviembre de 1986 (folio 26), el Jefe de la División de Productos Bioquímicos del Ministerio de Salud, había notificado al Gerente de la Empresa Licorera de Norte de Santander lo siguiente:

"Me permito comunicarle que se encuentra la documentación completa para otorgar la renovación de la Licencia Sanitaria de funcionamiento de la empresa que usted dirige.

En dicha Licencia, se acepta como Director Técnico al Ingeniero Químico Pedro Antonio Villán Rojas con cédula de ciudadanía No. 19.053.602 de Bogotá, ya que reúne los requisitos exigidos en el artículo 9o. del Decreto

3192 de 1983, quien será responsable ante este Ministerio de la calidad de los Productos que allí se elaboran. Asimismo se acepta al Ingeniero Químico Luis Alfonso Rivera en el cargo de Director Técnico en ausencia del titular.

El no cumplimiento de lo requerido lo hará acreedor a las sanciones legales establecidas en el mencionado Decreto.”

Es cierto que los dos profesionales no podían negarse a entregar a la Gerencia las fórmulas como dice que ocurrió el ingeniero Villán Rojas (folio 162) pero ello parece más que un comportamiento encaminado a faltar al respeto al nuevo Gerente, un proceder tendiente a evitar que al designar como reemplazos a personas no aceptadas por el Ministerio de Salud para los efectos a que se contrae el oficio transcrito, la entidad demandada se hiciera acreedora a la sanción a que en dicho escrito se hace referencia.

De lo anterior fluye que los motivos que tuvo el nominador, para remover al accionante, fueron mas personales que de mejoramiento de la administración de la Licorera, proceder que obviamente encaja en la causal de anulación de los actos administrativos denominada desviación de poder, en virtud de que tiene la facultad discrecional de remoción que la ley otorga, se utilizo con una finalidad distinta de aquella para la cual se le investió.

Las anteriores razones aunadas a que el actor fue reemplazado por una persona que no tenía la experiencia requerido por la resolución 275 Bis de mayo 25 de 1983 (folios 28 y 147) constituyen soporte suficiente para confirmar el fallo recurrido, el cual se adicionará sólo para indicar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo, 64 de la anterior Constitución y hoy en el artículo 128 de la Carta Política de 1991, de los haberes que en virtud de lo dispuesto en el artículo 3o. de la parte resolutive deben cancelarse al Dr. Rivera Moreno, se descontarán las sumas que haya recibido del tesoro público o de empresa o de institución en las que tenga parte mayoritaria el Estado, por haber desempeñado en ese lapso un cargo público.

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 proferida el nueve (9) de noviembre de mil

SECCION SEGUNDA

novecientos noventa (1990) por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander en el proceso promovido por Luis Alfonso Rivera contra la Empresa Licorera de Norte de Santander.

Adiciónase la mencionada sentencia en el sentido de disponer que de los haberes que han de cancelarse al Dr. Rivera Moreno en virtud de lo ordenado en el artículo 3o de su parte resolutive, debe descontarse cuanto haya recibido, en el mismo período, del tesoro público o de entidades en que tenga parte mayoritaria el Estado, por concepto de servicios personales (Art. 128 actual Constitución Política -64 anterior Constitución).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Este proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día junio 10 de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, (aclara voto), Joaquín Barreto Ruíz, (ausente), Alvaro Lecómpite Luna, Dolly Pedraza de arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

Expediente No 5492. Actor: ALFONSO RIVERA MORENO
Apelación sentencia

**PROVIDENCIA DE CONDENA / DESCUENTOS -
Improcedencia / EMPLEADO PUBLICO -Inexistencia /
ANALOGIA - Improcedencia (Aclaración de voto)**

Las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro “empleo público” u otra asignación que provenga del “Tesoro Público”, sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante. No existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica. El juez no puede crear normas y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

**ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR CARLOS
ARTURO ORJUELA GONGORA A LA SENTENCIA DEL 29 DE
JUNIO DE 1993 DICTADA EN EL PROCESO No 5492
APELACION DE SENTENCIA —**

Demandante: LUIS ALFONSO RIVERA MORENO

Con el más profundo respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, y no obstante, compartir en su esencia la providencia adoptada en este proceso, me separo de lo dispuesto en la parte resolutive en cuanto al confirmar

SECCION SEGUNDA

las condenas se ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra Entidad Oficial, para lo cual se invoca el artículo 128 de la Constitución Nacional.

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del "Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante.

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló de manera reiterada algunos razonamientos de la siguiente guisa:

"Tomando apoyo en el artículo 64 de la C. N. y en la circunstancia de que el ejecutante había devengado sueldo de la Policía Nacional, la entidad demandada excepcionó compensación, cobro de lo no debido y pliego respecto de los salarios y prestaciones que el de mandante hace valer coercitivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca".

"El artículo 64 de la Constitución Nacional dispone

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 lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los departamentos y municipios.

"La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir más de una asignación del Erario Público; pero esa prohibición, por ser tal, no puede aplicarse a situaciones similares, así ellas revistan la condición de ser análogas puesto que, tanto en materia civil y por ende la laboral, en ese punto de prohibiciones rige el principio de la tipicidad; no hay prohibición sin ley que la consagre; la analogía en las penas es inadmisibles".

“Nada impide recibir del Estado sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. Los casos de compatibilidad son numerosos. Piénsese por ejemplo, en el trabajador oficial favorecido con condena a cargo de entidad oficial obligada a pagarle la indemnización moratoria conforme al artículo 1o. del Decreto 797 de 1949, cuando al mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaria con otra entidad oficial. La compatibilidad entre la indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza”.

La razón está en que la asignación, con su equivalente sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo, o indemnización, es decir, dos prestaciones (en sentido genérico) que tienen dos causas diferentes, no puede estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos. Pero si una erogación de] Erario Público tiene su fuente en el contrato ficto de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo Erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64 no puede admitirse”.

“Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos. Porque el pago de salario dejado de percibir que ordenó la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios que el actor devengó por servicios prestados a la Policía Nacional tienen su fuente de esa relación de servicio...” (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Darío Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca). (Esta tesis se reiteró en el expediente No. 40878; Ponente H. Magistrado Dr. Alberto Rodríguez Ref: marzo 11187; de igual manera, en el Expd. No 29629; Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G.; junio 5184; en el Expd. N° 35949; Ponente: H. Magistrada Dra. Emilia Mesa S.; octubre 15/85; y posteriormente, ha sido mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá).

Dichos planteamientos son válidos enfrente de la redacción de la Nueva Norma Constitucional (Art. 128).

De otro lado, es lo cierto que no existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y

SECCION SEGUNDA

como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica.

Por último, es ostensible que el juez no puede crear normas y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Por estas sintéticas consideraciones, entonces no comparto la parte resolutive de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

Con todo acatamiento,

Carlos Orjuela Góngora

Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

**PENSION DE JUBILACION - Imprescriptibilidad /
PRESTACIONES PERIODICAS - Inexistencia / CADUCIDAD -
Término**

Si bien el derecho a la pensión de jubilación es imprescriptible y por ello aún negada, puede volverse a solicitar a la Administración en cualquier tiempo, el ejercicio de la acción contencioso administrativa contra el acto que niega la referida pensión está sujeto al término de caducidad de 4 meses previsto en el artículo 136 del C.C.A. De manera que si se pretende acudir ante la jurisdicción para acusar el acto, debe presentarse la demanda dentro de este término. La expresión “en cualquier tiempo” del inciso tercero del artículo 136 del C.C.A. se refiere a los actos “que reconozcan prestaciones periódicas” no a los que niegan el derecho, que se rigen por lo dispuesto por el inciso segundo *ibidem*.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 5524. Actos Departamentales. Actor: JOSE CABALLERO NAVARRO.

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 4 de junio de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

SECCION SEGUNDA

LA DEMANDA

Se solicita en la demanda la nulidad de las Resoluciones Nos. 127 de 4 de junio y 005 de 17 de septiembre de 1985, expedidas respectivamente, por la gerencia y la junta directiva de la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, mediante las cuales se negó el reconocimiento de pensión de Jubilación al señor José Caballero Navarro por no tener la edad exigida por la ley para el disfrute de la citada prestación. Así mismo se pidió la nulidad del oficio No. 153 de 21 de mayo de dicho año, por el cual el gerente de aquella entidad devolvió a la parte actora la documentación aportada para el reconocimiento de la pensión de jubilación

Como restablecimiento del derecho, se solicita reconocer y pagar esa prestación social al demandante por haber prestado más de 20 años de servicios en entidades oficiales y haber cumplido los 50 años de edad, y que las mesadas pensionales, incluidas las adicionales correspondientes al mes de diciembre de cada año se reconozcan desde el 13 de septiembre de 1984 (folios 1 y 2).

Como disposiciones violadas el libelo cita, el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945 y el artículo 100 del decreto ley 080 de 1980 (folio 3).

LA SENTENCIA

El Tribunal no accedió a las súplicas impetradas en la demanda (folios 178 a 186).

El *a-quo* expresó que, en relación con las excepciones alegadas ellas tienen que ver con las pretensiones del demandante, es decir, con lo que se decida en el fondo sobre el derecho que se pide se reconozca; que en el caso *sub-lite* sí hubo agotamiento de la vía gubernativa; que el actor tiene 20 años de servicio y tal hecho es aceptado por la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena en los actos administrativos impugnados; que en cuanto a la edad el demandante tenía 51 años cumplidos cuando fue proferida la resolución acusada de 17 de septiembre de 1985; que el Decreto-Ley 080 de 1980 no alude a edad que se requiere para que los docentes tengan derecho a la pensión de Jubilación y que respecto del Decreto-Ley 3135 de 1968 el Consejo de Estado ha manifestado que esta norma como el Decreto 1848 de 1969 no se aplica a los empleados departamentales y municipales sino la Ley 6 de 1945 y las disposiciones que la adicionan y reforman; que la Universidad de Cartagena es un establecimiento público de carácter académico de orden departamental, que así las cosas en este asunto no es viable aplicar el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 invocado en la resolución enjuiciada No. 127 de 1985; que en el

caso sub examine no se ha controvertido la vigencia ni se ha demostrado que haya sido derogado, revocado, suspendido o anulado el Acuerdo No.01 de 3 de agosto de 1978 proferido por el Consejo Superior de la comentada universidad, acorde con el cual el personal docente de esta institución para tener derecho a la pensión de jubilación deberá acreditar haber prestado 20 años de servicios en esa universidad de manera continua o discontinuo, tener 50 años de edad y además estar retirado definitivamente de ese centro universitario; que según consta en el expediente el actor tiene más de 20 años de servicios prestados en organismos públicos pero no todos en la Universidad de Cartagena, como lo establece la norma especial contenida en el mencionado acuerdo del Consejo Superior de esa entidad universitaria.

LA APELACION

Afirma el apelante que la sentencia apelada debe ser revocada para que se acceda, a las súplicas del escrito demandatorio desde el 12 de septiembre de 1984, fecha en, la cual, el demandante reunió los requisitos legales para el reconocimiento de su pensión de jubilación, pues es indiscutible que en el caso *sub lite* la norma aplicable es el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945 disposición que no exige que los 20 años de servicios sean todos prestados en una misma entidad ni impone tampoco la desvinculación total de ésta, que por consiguiente el acuerdo a que se refiere el fallo recurrido viola en forma ostensible la citada disposición de la Ley 6 de 1945; que si bien es cierto que en el libelo no se solicitó la inaplicabilidad de dicho acuerdo del Consejo Superior de la Universidad de Cartagena, ello obedeció a que en las resoluciones impugnadas no se hizo alusión al comentado acuerdo, el cual sólo vino a esgrimirse, como arma oculta, a la finalización del término de fijación en lista y que, de otro lado, en la oportunidad de alegar de conclusión, el actor solicitó su inaplicabilidad; que además el acuerdo fue derogado tácitamente por el artículo 100 del Decreto ley 080 de 1980, de conformidad con el cual "el goce de la pensión de jubilación no es incompatible con el ejercicio de la docencia de tiempo parcial o de cátedra"; que por ende desde cualquier ángulo que se mire resulta inconstitucional o ilegal o inaplicable o derogado, o todas juntas, el tantas veces aludido Acuerdo No.01 de agosto 3 de 1978 del Consejo Superior, de la Universidad de Cartagena (folios 188 a 193).

EL CONCEPTO FISCAL

La doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado en su concepto de fondo opina, que el fallo apelado debe ser revocado y, en su lugar, se acceda a las pretensiones del libelo, pues el acuerdo analizado en la sentencia apelada de la Universidad de Cartagena no es aplicable al caso *sub judice*; que el actor

SECCION SEGUNDA

forma parte del personal docente de dicha entidad; que la pensión de jubilación le fue negada al demandante por no haber cumplido la edad de 55 años con base en lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, disposición que tampoco es aplicable en este asunto; que la Ley 33 de enero 29 de 1985 señala una excepción en el parágrafo 2 de su artículo 1 en lo atinente a la edad de los 55 años de los empleados oficiales para tener derecho a la pensión de jubilación; que como el actor es un empleado de carácter departamental lo cobija el artículo 17 de la Ley 6 de 1945 que determina el requisito de la edad a los 50 años; que el demandante nació el 12 de septiembre de 1934; que por consiguiente al dictarse los actos acusados ya había cumplido esa edad; que en relación con el tiempo de servicio no cabe duda que el señor Caballero Navarro laboró más de 20 años, según las pruebas allegadas al proceso (folios 228 a 233).

Admitido el recurso de apelación por auto de 22 de marzo de 1991 (folio 207), cumplido el trámite de rigor, de la segunda instancia y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se procede a resolver previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Lo primero que debe precisar la sala es que si bien el derecho a la pensión de jubilación es imprescriptible y por ello aún negada, puede volverse a solicitar a la Administración en cualquier tiempo, el ejercicio de la acción contencioso administrativa contra el acto que niega la referida pensión está sujeto al término de caducidad de 4 meses previsto en el artículo 136 del C.C.A. De manera que si se pretende acudir ante la jurisdicción para acusar el acto, debe presentarse la demanda dentro de este término, no en cualquier tiempo, como lo afirma el apoderado del actor en los hechos del libelo (folio 3).

La expresión "en cualquier tiempo" del inciso tercero del artículo 136 del C.C.A. se refiere a los actos "que reconozcan prestaciones periódicas" no a los que niegan el derecho, que se rigen por lo dispuesto por el inciso segundo *ibídem*.

En el caso *sub judice* la Resolución acusada No. 005 de 17 de septiembre de 1985, mediante la cual se agotó la vía gubernativa, se notificó al apoderado del accionante el día 30 del mismo mes y año (folio 85) y el escrito demandatorio se presentó ante el Tribunal Administrativo de Bolívar el 3 de mayo de 1986 (folio 6). Es evidente entonces, que la demanda se inició cuando ya había vencido el término de los cuatro meses, por lo que probada la caducidad de la acción

Por esta razón la sentencia apelada deberá revocarse y en su lugar se proferirá fallo inhibitorio.

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 apelada de 4 de junio de 1990 dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en el proceso instaurado por el señor José Caballero Navarro.

2o) En su lugar se dispone: Declárase que no hay lugar a pronunciamiento de mérito en este asunto, por caducidad de la acción.

Se reconoce personería al doctor Rafael De Urbina Gaviria en los términos del poder conferido que obra a folio 234 del expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de Origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala, en sesión celebrada el día diez (10) de junio de mil novecientos noventa tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, (ausente), Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PRESTACIONES PERIODICAS - Inexistencia / CADUCIDAD

El artículo 136, inciso 3o. del Código Contencioso Administrativo, prescribe que cuando se demandan actos que reconozcan prestaciones periódicas, la acción podrá proponerse en cualquier tiempo, pero ello no significa que todo acto que se refiere a prestaciones periódicas es acusable en cualquier tiempo, sino sólo el que contenga un reconocimiento periódico de prestaciones, que no es el caso que ocupa a la Sala, porque la Resolución 155 de 1985 reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales no periódicas y la Resolución 5680 de 1986, niega el reconocimiento y pago de una pensión de beneficiarios a los accionantes. De manera que los actos acusados por no reconocer prestaciones periódicas, tienen una caducidad de cuatro (4) meses contados a partir de su notificación de acuerdo con lo previsto en el inciso 2o. del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., Junio veintinueve (29) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 5633. Apelación Sentencia. Actor: ALVARO TIBASOSA y MARINA ORTIZ.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 17 de enero de 1991, pronunciada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el proceso promovido por Alvaro Tibasosa y Marina Ortiz contra la Nación -Ministerio de Defensa Nacional-.

En ejercicio de la acción denominada hoy, de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, los accionantes, mediante apoderado, impetraron la nulidad de las Resoluciones 155 de 10 de enero de 1985, 5680 de 8 de septiembre de 1986 y 1039 de 20 de febrero de 1987, expedidas por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante las cuales, se reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales a los beneficiarios legales del Capitán del Ejército Alberto Tibasosa Ortiz, se resuelve una petición formulada por los beneficiarios legales del mencionado Capitán (póstumo) y se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 5680 de 1986, respectivamente.

El Tribunal del conocimiento en el fallo recurrido declaró probada la caducidad de la acción, luego de evidenciar que la demanda se presentó después del término legal previsto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que el último acto demandado fue notificado el 9 de marzo de 1987 y la demanda presentada el 12 de abril de 1988. (fls. 66-70 c. ppal).

Inconforme con la decisión del Tribunal el apelante expresa: 1o.) Que los derechos prestacionales denegados por los actos acusado no tienen caducidad, según el inciso 3o. del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo y por este aspecto, la sentencia dejó de aplicar el artículo 4o. del Código de Procedimiento Civil que enseña que “el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial” y ha debido aplicarse la disposición favorable conforme al artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo; 2o.) El pretérito “reconozcan” empleado en el inciso 3o. del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, comprende no solamente lo negativo, sino también lo positivo, comprende el futuro y no es necesario que el acto haya reconocido la prestación, por lo que viola el artículo 27 del código civil en cuanto a su interpretación gramatical, porque se excluye su alcance, cuando no se reconozca la petición, pudiéndose, presentar en cualquier tiempo, por ser su objeto las relaciones periódicas de pago ; 3o.) los actos demandados perdieron su fuerza ejecutoria, porque el Decreto 089 de 1984 en el que se fundamentaron, fue declarado inexecutable por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de julio 5 de 1990, por lo que es inaplicable y debido al principio *iuris novit curia*, el Tribunal aplicó una norma insubsistente, sin efecto jurídico en relación con el acto acusado, que hacía tal acto sujeto de demanda en cualquier tiempo, puesto que carecía de fuerza ejecutoria y por no haberse estudiado este aspecto, se da la incongruencia de la sentencia conforme al artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión (fls. 73 - 74)

La Fiscalía Cuarta de la Corporación conceptúa que: la sentencia impugnada amerita confirmación en razón de que el acto que puso fin a la vía

SECCION SEGUNDA

gubernativa, resolución No. 1039 del 20 de febrero de 1987, confirmatorio de la recurrida fue notificada por edicto el 9 de marzo de 1987; el cual se desfijó el 20 del mismo mes y año...y la demanda se presentó el 12 de abril de 1988.... es decir con posterioridad al vencimiento de los cuatro(4) meses que consagra la ley como término hábil para ocurrir ante esa jurisdicción. (fls 86 c. ppal)

No observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Se controvierte la legalidad de tres (3) actos administrativos proferidos por el Ministerio de Defensa Nacional, a saber: la Resolución 155 de enero 10 de 1985 que reconoce y ordena pagar unas prestaciones a los accionantes, en su condición de padres del Capitán del Ejército, fallecido, Alberto Tibasosa Ortiz; la Resolución 5680 de septiembre 8 de 1986 que declara: "que no hay lugar a elaborar complemento de la liquidación de servicios, ni acceder al reconocimiento y pago de pensión de beneficiarios y reajuste de las prestaciones sociales, ni a las Peticiones de los numerales 3o. y 4o. de la demanda..." y la Resolución 1039 de febrero 20 de 1987, que declara que no hay lugar a reponer la resolución anterior. (fls.2-7). La última resolución, en su orden, fue notificada a los interesados, mediante edicto que se desfijó el 20 de marzo de 1987 (fl. 127 c. 2)

La demanda fue presentada en la Secretaría del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 12 de abril de 1988. (fl.14 c. ppal.), luego es evidente que su presentación se efectuó cuando la acción se encontraba caducada como lo declaró el *a-quo*.

Ciertamente el artículo 136, inciso 3o. del código Contencioso Administrativo, prescribe que cuando se demandan actos que reconozcan Prestaciones periódicas, la acción podrá proponerse en cualquier tiempo, pero ello no significa que todo acto que se refiere a Prestaciones periódicas es acusable en cualquier tiempo, sino sólo el que contenga un reconocimiento periódico de prestaciones, que no es el caso que ocupa a la Sala, porque la Resolución 155 de 1985 reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales no periódicas y la Resolución 5680 de 1986, niega el reconocimiento y pago de una pensión de beneficiarios a los accionantes.

De manera que los actos acusados por no reconocer prestaciones periódicas, tienen una caducidad de cuatro (4) meses contados a partir de su notificación de acuerdo con lo previsto en el inciso 2o. del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Habiendo caducado la acción al momento de presentación del escrito demandatorio, no procedía darle curso o admitirlo, según lo determina el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo; pero habiendo sido admitida la demanda procede la confirmación del fallo apelado.

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 enero diecisiete (17) de mil novecientos noventa y uno (1991) pronunciada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del día diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, (ausente); Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

PERSONAL DOCENTE / PENSION DE JUBILACION / SALARIO
- Compatibilidad / ESCALAFON DOCENTE - Exclusión / EDAD
RETIRO FORZOSO

Como el disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el sueldo de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 6522. Autoridades Nacionales, Consulta Sentencia, Actor: PRISCYLA DIAZ DE CARABALI.

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho y por intermedio de apoderado, formuló al Tribunal las siguientes pretensiones:

1o. Declarar la nulidad del acto por el cual fue retirada del derecho la docente.

2o. Declarar que no ha existido solución de continuidad por parte del demandante en la prestación del servicio para todos los efectos salariales, prestacionales y profesionales en el Escalafón.

Su alegato se basó fundamentalmente en que siendo docente escalafonada y no habiendo llegado a los 65 años de edad para retiro forzoso, además de estar en aptitud física y mental para trabajar, gozaba de inmovilidad y no podía ser retirada del servicio a través de una medida discrecional como la insubsistencia.

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con relación al demandado Departamento del Cauca y accedió las suplicas de la demanda.

Para hacerlo tuvo en cuenta que aun cuando en algún tiempo el Consejo de Estado sostuvo que la administración podía retirar libremente del servicio a un docente pensionado, posteriormente cambió su doctrina desde la sentencia de marzo 15 de 1989. que al examinar el texto de los artículos 28 y 31 del decreto 2277 de 1979 y el artículo 5o. del decreto 224 de 1972, resulta evidente que el estatuto docente creó un derecho especial para todos los inscritos en el escalafón. Que es compatible el disfrute simultáneo de pensión de jubilación y el ejercicio remunerado de la docencia y que la demandante probó pertenecer al Escalafón Docente en el momento de su desvinculación, cuando no tenía edad de retiro forzoso, ni padecía deficiencias mentales o físicas.

EL CONCEPTO FISCAL

Estima la Fiscalía, que la decisión consultada por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda amerita ser confirmada y que el reintegro al cargo es procedente si no ha llegado a la edad de retiro forzoso.

Surtido el trámite legal, sin que se observe causal de nulidad, se procede a decidir previas las siguientes,

SECCION SEGUNDA

CONSIDERACIONES:

La Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos semejantes al que aquí se debate y, modificando doctrina anterior, ha dicho que como el disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro.

Fue así como en sentencia de 15 de marzo de 1989 con ponencia del consejero Doctor Alvaro Lecompte Luna (Expediente 895-12257. Actor: Luis Bernardo Castro Garzón). la Sala dijo:

“Porque en verdad, releyendo con más detenimiento las normas en cita (se refiere a los decretos leyes 224 de 1972 y 2277 de 1979). al observar que el ejercicio de la docencia “no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente pero se decretara retiro forzoso del servicio al cumplir 65 años de edad ”, indudablemente la disposición **consagra un derecho** en favor de los docentes que priva a la administración de la facultad discrecional de desvincularlos del beneficio que la ley ha establecido para ellos. de una manera incompleta desde la ley 12, y que ha venido consolidándose a través de leyes posteriores”.

En el presente caso, los medios de prueba obrantes en el proceso muestran que la actora tiene reconocido el derecho a su pensión de jubilación es persona responsable y de buena conducta, y el día en que se le retiró del servicio por insubsistencia no había llegado a la edad de retiro forzoso. Tampoco se ha aprobado qué no estuviese apta mental ni físicamente para el desempeño de sus labores.

Siendo ello así, el análisis que hace el Tribunal sobre la controversia, así como su conclusión favorable a la actora, se ajustan a derecho, razón por la cual se confirmará en todas sus partes la sentencia consultada, con la adición que se descontara de lo que debe reconocerse al docente, todo lo que haya recibido del tesoro público por concepto diferente a lo percibido por mesadas pensionales o por emolumentos que por expresa autorización legal, pueden devengar los docentes conjuntamente con la pensión.

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 ley,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia consultada, proferida el 5 de diciembre de 1991 por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro del proceso iniciado por Priscyla de Carabalí.

Adiciónase la sentencia en el sentido de ordenar que se descuente de lo, que debe reconocerse al docente, todo lo que haya recibido del tesoro público, por concepto diferente a lo percibido por mesadas pensionales o por emolumentos que por expresa autorización legal. pueden devengar los docentes conjuntamente con la pensión.

RECONOCESE personería al doctor Adalberto Carvajal Salcedo como apoderado de la parte actora, de acuerdo con el memorial de sustitución que obra a folio 150 del expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen .

Esta providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del día veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA A LA SENTENCIA DEL 29 DE JUNIO DE 1993 DICTABA EN EL PROCESO No 6520 AUTORIDADES NACIONALES.

Demandante: TERESA BAZANTE DE GUERRERO

Con el más profundo respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, y no obstante compartir en su esencia la providencia adoptada en este proceso, me separo de lo dispuesto en la parte resolutive en cuanto al confirmar las condenas se ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra Entidad Oficial, para lo cual se invoca el artículo 128 de la Constitución Nacional.

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del "Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante.

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló de manera reiterada algunos razonamientos de la siguiente guisa:

"Tomando apoyo en el artículo 64 de la C.N. y en la circunstancia de que el ejecutante había devengado sueldo de la Policía Nacional, la entidad demandada excepcionó compensación, cobro de lo no debido y pago respecto

de los salarios y prestaciones que el demandante hace valer coercitivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca”.

“El artículo 64 de la Constitución Nacional dispone:

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 lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los departamentos y municipios.

“La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir más de una asignación del Erario Público; pero esa prohibición, por ser tal, no puede aplicarse a situaciones similares, así ellas revistan la condición de ser análogas puesto que, tanto en materia civil y por ende la laboral, en ese punto de prohibiciones rige el principio de la tipicidad; no hay prohibición sin ley que la consagre; la analogía en las penas es inadmisibles”.

“Nada impide recibir del Estado sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. Los casos de compatibilidad son numerosos. Piénsese por ejemplo, en el trabajador oficial favorecido con condena a cargo de entidad oficial obligada a pagarle la indemnización moratoria conforme Artículo 1° del Decreto 797 de 1949, cuando al mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él, el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaria con otra entidad oficial. La compatibilidad entre la indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza”.

La razón está en que la asignación, con su equivalente sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo o indemnización, es decir, dos prestaciones (en sentido genérico) que tienen dos causas diferentes, no puede estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos. Pero si una erogación del Erario Público tiene su fuente en el contrato ficto de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo Erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64 no puede admitirse”.

“Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos. Porque el pago de salario dejado de percibir que ordenó la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño

SECCION SEGUNDA

o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios que el actor devengó por servicios prestados a la Policía Nacional tienen su fuente de esa relación de servicio.." (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Darío Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca). (Esta tesis se reiteró en el expediente NO 40.878; Ponente H. Magistrado Dr. Alberto Rodríguez R.; marzo 11187; de igual manera, en el Expd. No.29629; Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G.; junio 5184; en el Expd. No. 35949; Ponente: H. Magistrada Dra. Emilia Mesa S.; octubre 15/85; y posteriormente, ha sido mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá).

Dichos planteamientos son válidos enfrente de la redacción de la Nueva Norma Constitucional (Art. 128).

De otro lado, es lo cierto que no existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica.

Por último, es ostensible que el juez no puede crear normas y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Por estas sintéticas consideraciones, entonces no comparto la parte resolutive de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

Santa Fe de Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

**PERSONAL DOCENTE / PENSION DE JUBILACION /
SALARIO - Compatibilidad / EDAD DE RETIRO FORZOSO /
EXCLUSION DEL ESCALAFON.**

El disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 6523. Autoridades Nacionales. Consulta Sentencia. Actor: DELIA MARIA ZUÑIGA DE ROSERO

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho y por intermedio de apoderado, formuló al Tribunal las siguientes pretensiones:

1o. Declarar la nulidad del acto por el cual fue retirado del servicio el docente.

SECCION SEGUNDA

2o. Declarar que no ha existido solución de continuidad por parte del demandante en la prestación del servicio para todos los efectos salariales, prestacionales y profesionales en el Escalafón.

Su alegato se basó fundamentalmente en que siendo docente escalafonada y no habiendo llegado a los 65 años para retiro forzoso, además de estar en aptitud física y mental para trabajar, gozaba de inamovilidad y no podía ser retirada del servicio a través de una medida discrecional como la insubsistencia.

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con relación al demandado Departamento del Cauca y accedió a las súplicas de la demanda.

Para hacerlo tuvo en cuenta que aun cuando en algún tiempo el Consejo de Estado sostuvo que la administración podía retirar libremente del servicio a un docente pensionado, posteriormente cambió su doctrina desde la sentencia de marzo 15 de 1989. Que al examinar el texto de los artículos 28 y 31 del decreto 2277 de 1979 y el artículo 5o. del Decreto 224 de 1972, resulta evidente que el Estatuto Docente creó un derecho especial para los inscritos en el escalafón. Que es compatible, el disfrute simultáneo de pensión de jubilación y el ejercicio remunerado de la docencia y que la demandante probó pertenecer al Escalafón en el momento de su desvinculación, cuando no tenía edad de retiro forzoso, ni padecía deficiencias mentales o físicas.

CONSIDERACIONES:

La Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos semejantes al que aquí se debate y, modificando doctrina anterior, ha dicho que, como el disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro.

Fue así como en sentencia de 15 de marzo de 1989, con ponencia del Consejero Doctor Alvaro Lecompte Luna (Expediente 895-12257. Actor: Luis Bernardo Castro Garzón), la Sala dijo:

“Porque en verdad, releyendo con más detenimiento las normas en cita (se refiere a los Decretos Leyes 224 de 1972 y 2277 de 1979), al observar

que el ejercicio de la docencia "no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente; pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir 65 años de edad", indudablemente la disposición **consagra un derecho** en favor de los docentes, que priva a la administración de la facultad discrecional de desvincularlos del beneficio que la ley ha establecido para ellos, de una manera incompleta desde la ley 12, y que ha venido consolidándose a través de leyes posteriores".

En el presente caso, los medios de prueba obrantes en el proceso muestran que el actor tiene reconocido el derecho a su pensión de jubilación, es persona responsable y de buena conducta, y el día en que se le retiró del servicio por insubsistencia no había llegado a la edad de retiro forzoso. Tampoco se ha probado que no estuviese apta mental ni físicamente para el desempeño de sus labores.

Siendo ello así, el análisis que hace el Tribunal sobre la controversia, así como su conclusión favorable a la actora, se ajustan a derecho, razón por la cual se confirmará en todas sus partes la sentencia consultada, con la adición de que se descontará de lo que debe reconocerse al docente, todo lo que haya recibido del tesoro público, por concepto diferente a lo percibido por mesadas pensionales o por emolumentos que por expresa autorización legal, pueden devengar los docentes conjuntamente con la pensión.

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 consultada, proferida el 14 de noviembre de 1991 por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro del proceso iniciado por Delia Marina Zuñiga de Rosero.

Adiciónase la sentencia en el sentido de ordenar que se descuente de lo que debe reconocerse al docente, todo lo que haya recibido del tesoro público, por concepto diferente a lo percibido por mesadas pensionales o por emolumentos que por expresa autorización legal, pueden devengar los docentes conjuntamente con la pensión.

SECCION SEGUNDA

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue considerada y aprobada en sesión del día veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1.993).-

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, (aclara voto); Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza De Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria

Nota de Relatoría: La Aclaración de Voto del Doctor Carlos Orjuela Góngora, es la misma sostenida en el expediente 6528, de fecha 18 de mayo de 1993, actor: Hildebrando Muñoz Zúñiga, ponente: Doctora Clara Forero de Castro.

**PERSONAL DOCENTE / PENSION DE JUBILACION /
SALARIO -Compatibilidad / EDAD DE RETIRO FORZOSO**

El disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la administración no puede retirarles del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 6527. Autoridades Nacionales. Consulta Sentencia. Actor: YOLANDA NARVAEZ DE MONTILLA.

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho y por intermedio de apoderado, formuló al Tribunal las siguientes pretensiones:

SECCION SEGUNDA

1o- Declarar la nulidad del acto por el cual fue retirada del servicio la docente.

2o. Declarar que no ha existido solución de continuidad por parte del demandante en la prestación del servicio para todos los efectos salariales, prestacionales y profesionales en el Escalafón.

Su alegato se basó fundamentalmente en que siendo docente escalafonada y no habiendo llegado a los 65 años para retiro forzoso, además de estar en aptitud física y mental para trabajar, gozaba de inamovilidad y no podía ser retirada del servicio a través de una medida discrecional como la insubsistencia.

LA SENTENCIA CONSULTADA:

El Tribunal declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con relación al demandado Departamento del Cauca y accedió a las súplicas de la demanda.

Para hacerlo tuvo en cuenta que aun cuando en algún tiempo el Consejo de Estado sostuvo que la administración podía retirar libremente del servicio a un docente pensionado, posteriormente cambió su doctrina desde la sentencia de marzo 15 de 1989. Que al examinar el texto de los artículos 28 y 31 del decreto 2277 de 1979 y el artículo 5o. del Decreto 224 de 1972, resulta evidente que el Estatuto Docente creó un derecho especial para los inscritos en el escalafón. Que es compatible, el disfrute simultáneo de pensión de jubilación y el ejercicio remunerado de la docencia y que la demandante probó pertenecer al Escalafón Docente en el momento de su desvinculación, cuando no tenía edad de retiro forzoso, ni padecía deficiencias mentales o físicas.

CONSIDERACIONES:

La Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos semejantes al que aquí se debate y, modificando doctrina anterior, ha dicho que, como el disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro.

Fue así como en sentencia de 15 de marzo de 1989, con ponencia del Consejero Doctor Alvaro Lecompte Luna (Expediente 895-12257. Actor: Luis Bernardo Castro Garzón), la Sala dijo:

“Porque en verdad, releyendo con más detenimiento las normas en cita (se refiere a los Decretos Leyes 224 de 1972 y 2277 de 1979), al observar que el ejercicio de la docencia “no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio del servicio al cumplir 65 años de edad”, indudablemente la disposición **consagra un derecho** en favor de los docentes, que priva a la administración de la facultad discrecional de desvincularlos del beneficio que la ley ha establecido para ellos, de una manera incompleta desde la ley 12, y que ha venido consolidándose a través de leyes posteriores”.

En el presente caso los medios de prueba obrantes en el proceso muestran que el actor tiene reconocido el derecho a su pensión de jubilación, es persona responsable y de buena conducta, y el día en que se le retiró del servicio por insubsistencia no había llegado a la edad de retiro forzoso. Tampoco se ha probado que no estuviese apto mental ni físicamente para el desempeño de sus labores.

Siendo ello así, el análisis que hace el Tribunal sobre la controversia, así como su conclusión favorable al actor, se ajustan a derecho, razón por la cual se confirmará en todas sus partes la sentencia consultada, con la adición de que se descontará de lo que debe reconocerse al docente todo lo que haya recibido del Tesoro Público, por concepto diferente a lo percibido por mesadas pensionales o por emolumentos que por expresa autorización legal, pueden devengar los docentes conjuntamente con la pensión.

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 ley,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia consultada, proferida el 21 de noviembre de 1991 por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro del proceso iniciado por Yolanda Narváez de Montilla.

Adiciónase la sentencia en el sentido de ordenar que se descuente de lo que debe reconocerse al docente, todo lo que haya recibido del tesoro público, por concepto diferente a lo percibido por mesadas pensionales o por emolumentos que por expresa autorización legal, pueden devengar los docentes, conjuntamente con la pensión.

SECCION SEGUNDA

RECONOCESE personería al Doctor ADALBERTO CARVAJAL SALCEDO como apoderado de la parte actora, de acuerdo con el memorial de sustitución que obra a folio 164 del expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del día veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, (con aclaración de voto), Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**PROVIDENCIA DE CONDENA / DESCUENTO - Improcedencia /
EMPLEADO PUBLICO - Inexistencia / ANALOGIA -
Improcedencia (Aclaración de voto)**

Las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro “empleo público” u otra asignación que provenga del “Tesoro Público”, sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante. No existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica. El juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Con el más profundo respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, y no obstante compartir en su esencia la providencia adoptada en este proceso, me separo de lo dispuesto en la parte resolutive en cuanto al confirmar las condenas se ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra Entidad Oficial, para lo cual se invoca el artículo 128 de la Constitución Nacional.

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la

SECCION SEGUNDA

fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del "Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante.

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló -de manera reiterada- algunos razonamientos de la siguiente guisa:

"Tomando apoyo en el artículo 64 de la C.N. y en la circunstancia de que el ejecutante había devengado sueldo de la Policía Nacional, la entidad demandada excepcionó compensación, cobro de lo no debido y pago respecto de los salarios y prestaciones que el de mandante hace valer coercitivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca".

"El artículo 64 de la Constitución Nacional dispone:

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 lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los departamentos y municipios.

"La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir más de una asignación del Erario Público; pero esa prohibición, por ser tal, no puede aplicarse a situaciones similares, así ellas revistan la condición de ser análogas puesto que, tanto en materia civil y por ende la laboral, en ese punto de prohibiciones rige el principio de la tipicidad; no hay prohibición sin ley que la consagre; la analogía en las penas es inadmisibles".

"Nada impide recibir del Estado sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. Los casos de compatibilidad son numerosos. Piénsese por ejemplo, en el trabajador oficial favorecido con condena a cargo de entidad oficial obligada a pagarte la indemnización moratoria conforme al artículo 1o. del Decreto 797 de 1949, cuando al mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaria con otra entidad oficial. La compatibilidad entre la

indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza”.

La razón está en que la asignación, con su equivalente sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo o indemnización, es decir, dos prestaciones (en sentido genérico) que tienen dos causas diferentes, no puede estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos. Pero si una erogación del Erario Público tiene su fuente en el contrato ficto de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo Erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64 no puede admitirse”.

“Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos. Porque el pago de salario dejado de percibir que ordenó la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios que el actor de vengó por servicios prestados a la Policía Nacional tienen su fuente de esa relación de servicio...” (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Darío Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca). (Esta tesis se reiteró en el expediente No. 40878; Ponente H. Magistrado Dr. Alberto Rodríguez R.; marzo 11/87; de igual manera, en el Expd. No. 29629; Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G.; junio 5/84; en el Expd. No. 35949; Ponente: H. Magistrada Dra. Emilia Mesa S.; octubre 15/85; y posteriormente, ha sido mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá).

Dichos planteamientos son válidos enfrente de la redacción de la Nueva Norma Constitucional (Art. 128).

De otro lado, es lo cierto que no existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica.

Por último, es ostensible que el juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutive de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

SECCION SEGUNDA

Por estas sintéticas consideraciones, entonces no comparto la parte resolutive de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Gógora

Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

**PERSONAL DOCENTE / PENSION DE JUBILACION /
SALARIO - Compatibilidad / EDAD DE RETIRO FORZOSO /
EXCLUSION DEL ESCALAFON.**

El disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).*

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 6812. Autoridades Nacionales. Consulta Sentencia. Actor: FELIPE ELIECER DORADO ZUÑIGA.

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho y por intermedio de apoderado, formuló al Tribunal las siguientes pretensiones:

SECCION SEGUNDA

1o. Declarar la nulidad del acto por el cual fue retirado del servicio el docente.

2o. Declarar que no ha existido solución de continuidad por parte del demandante en la prestación del servicio para todos los efectos salariales, prestacionales y profesionales en el Escalafón.

Su alegato se basó fundamentalmente en que siendo docente escalafonada y no habiendo llegado a los 65 años para retiro forzoso, además de estar en aptitud física y mental para trabajar, gozaba de inamovilidad y no podía ser retirada del servicio a través de una medida discrecional como la insubsistencia.

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con relación al demandado Departamento del Cauca y accedió a las súplicas de la demanda.

Para hacerlo tuvo en cuenta que aun cuando en algún tiempo el Consejo de Estado sostuvo que la administración podía retirar libremente del servicio a un docente pensionado, posteriormente cambió su doctrina desde la sentencia de marzo 15 de 1989. Que al examinar el texto de los artículos 28 y 31 del decreto 2277 de 1979 y el artículo 5o. del Decreto 224 de 1972, resulta evidente que el Estatuto Docente creó un derecho especial para los inscritos en el escalafón. Que es compatible, el disfrute simultáneo de pensión de jubilación y el ejercicio remunerado de la docencia y que la demandante probó pertenecer al Escalafón en el momento de su desvinculación, cuando no tenía edad de retiro forzoso, ni padecía deficiencias mentales o físicas.

EL CONCEPTO FISCAL

Estima la Fiscalía, que la decisión consultada por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda amerita ser confirmada y que el reintegro al cargo es procedente si no ha llegado a la edad de retiro forzoso.

Surtido el trámite legal, sin que se observe causal de nulidad, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

La Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos semejantes al que aquí se debate y, modificando doctrina anterior, ha dicho que, como el

disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro.

Fue así como en sentencia de 15 de marzo de 1989, con ponencia del Consejero Doctor Alvaro Lecompte Luna (Expediente 895-12257, Actor: Luis Bernardo Castro Garzón), la Sala dijo:

“Porque en verdad, relejendo con más detenimiento las normas en cita (se refiere a los Decretos Leyes 224 de 1972 y 2277 de 1979), al observar que el ejercicio de la docencia “no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir 65 años de edad”, indudablemente la disposición **consagra un derecho** en favor de los docentes, que priva a la administración de la facultad discrecional de desvincularlos del beneficio que la ley ha establecido para ellos, de una manera incompleta desde la ley 12, y que ha venido consolidándose a través de leyes posteriores”.

En el presente caso, los medios de prueba obrantes en el proceso muestran que el actor tiene reconocido el derecho a su pensión de jubilación, es persona responsable y de buena conducta, y el día en que se le retiró del servicio por insubsistencia no había llegado a la edad de retiro forzoso. Tampoco se ha probado que no estuviese apta mental ni físicamente para el desempeño de sus labores.

Siendo ello así, el análisis que hace el Tribunal sobre la controversia, así como su conclusión favorable a la actora, se ajustan a derecho, razón por la cual se confirmará en todas sus partes la sentencia consultada, con la adición de que se descontará de lo que debe reconocerse al docente, todo lo que haya recibido del tesoro público, por concepto diferente a lo percibido por mesadas pensionales o por emolumentos que por expresa autorización legal, pueden devengar los docentes conjuntamente con la pensión.

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:

SECCION SEGUNDA

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia consultada, proferida el 27 de febrero de 1992 por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro del proceso iniciado por Felipe Eliécer Dorado Zúñiga.

Adiciónase la sentencia en el sentido de ordenar que se descuente de lo que debe reconocerse al docente, todo lo que haya recibido del tesoro público, por concepto diferente a lo percibido por mesadas pensionales o por emolumentos que por expresa autorización legal, pueden devengar los docentes conjuntamente con la pensión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue considerada y aprobada en sesión del día veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, (aclara voto); Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza De Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

Nota de Relatoría: El Salvamento de Voto del Doctor Carlos Orjuela Góngora, es el mismo suscrito en el expediente 6528 de fecha 18 de mayo de 1993, Actor: **HILDEBRANDO MUÑOZ ZUÑIGA**, Ponente: **Doctora Clara Forero de Castro.**

**PERSONAL DOCENTE / ESCALAFON DOCENTE-
Exclusión / PENSION DE JUBILACION / SALARIO -
Compatibilidad / EDAD DE RETIRO FORZOSO /
INSUBSISTENCIA - Improcedencia**

El disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).*

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 7336. Autoridades Nacionales. Consulta Sentencia. Actor: MARIA EUFRACIA MINOTA DE RIASCOS

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho y por intermedio de apoderado, formuló al Tribunal las siguientes pretensiones:

SECCION SEGUNDA

1o. Declarar la nulidad del acto por el cual fue retirado del servicio el docente.

2o. Declarar que no ha existido solución de continuidad por parte del demandante en la prestación del servicio para todos los efectos salariales, prestacionales y profesionales en el Escalafón.

Su alegato se basó fundamentalmente en que siendo docente escalafonada y no habiendo llegado a los 65 años para retiro forzoso, además de estar en aptitud física y mental para trabajar, gozaba de inamovilidad y no podía ser retirada del servicio a través de una medida discrecional como la insubsistencia.

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con relación al demandado Departamento del Cauca y accedió a las súplicas de la demanda.

Para hacerlo tuvo en cuenta que aun cuando en algún tiempo el Consejo de Estado sostuvo que la administración podía retirar libremente del servicio a un docente pensionado, posteriormente cambió su doctrina desde la sentencia de marzo 15 de 1989. Que al examinar el texto de los artículos 28 y 31 del decreto 2277 de 1979 y el artículo 5o. del Decreto 224 de 1972, resulta evidente que el Estatuto Docente creó un derecho e especial para los inscritos en el escalafón. Que es compatible, el disfrute simultáneo de pensión de jubilación y el ejercicio remunerado de la docencia y que la demandante probó pertenecer al Escalafón en el momento de su desvinculación, cuando no tenía edad de retiro forzoso, ni padecía deficiencias mentales o físicas.

EL CONCEPTO FISCAL

Estima la Fiscalía, que la decisión consultada por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda amerita ser confirmada y que el reintegro al cargo es procedente si no ha llegado a la edad de retiro forzoso.

Surtido el trámite legal, sin que se observe causal de nulidad, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

La Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos semejantes al que aquí se debate y, modificando doctrina anterior, ha dicho que, como el disfrute de la pensión de jubilación de los docentes es compatible con el sueldo

de actividad, y ellos tienen derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando estén física y mentalmente aptos para sus tareas y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, que como se sabe es de 65 años, la administración no puede retirarlos del servicio libremente, sin excluirlos del escalafón, cuando no se dan las mencionadas circunstancias para el retiro.

Fue así como en sentencia de 15 de marzo de 1989, con ponencia del Consejero Doctor Alvaro Lecompte Luna (Expediente 895-12257. Actor: Luis Bernardo Castro Garzón), la Sala dijo:

“Porque en verdad, releyendo con más detenimiento las normas en cita (se refiere a los Decretos Leyes 224 de 1972 y 2277 de 1979), al observar que el ejercicio de la docencia “no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir 65 años de edad”, indudablemente la disposición **consagra un derecho** en favor de los docentes, que priva a la administración de la facultad discrecional de desvincularlos del beneficio que la ley ha establecido para ellos, de una manera incompleta desde la ley 12, y que ha venido consolidándose a través de leyes posteriores”.

En el presente caso, los medios de prueba obrantes en el proceso muestran que el actor tiene reconocido el derecho a su pensión de jubilación, es persona responsable y de buena conducta, y el día en que se le retiró del servicio por insubsistencia no había llegado a la edad de retiro forzoso. Tampoco se ha probado que no estuviese apta mental ni físicamente para el desempeño de sus labores.

Siendo ello así, el análisis que hace el Tribunal sobre la controversia, así como su conclusión favorable a la actora, se ajustan a derecho, razón por la cual se confirmará en todas sus partes la sentencia consultada, con la adición de que se descontará de lo que debe reconocerse al docente, todo lo que haya recibido del tesoro público, por concepto diferente a lo percibido por mesadas pensionales o por emolumentos que por expresa autorización legal, pueden devengar los docentes conjuntamente con la pensión.

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:

SECCION SEGUNDA

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia consultada, proferida el 23 de junio de 1992 por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro del proceso iniciado por María Eufracia Minota de Riascos.

Adiciónase la sentencia en el sentido de ordenar que se descuente de lo que debe reconocerse al docente, todo lo que haya recibido del tesoro público, por concepto diferente a lo percibido por mesadas pensionales o por emolumentos que por expresa autorización legal, pueden devengar los docentes conjuntamente con la pensión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue considerada y aprobada en sesión del día veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, (aclara voto); Joaquín Barreto Ruiz; Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza De Arenas.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria

Nota de Relatoría: La Aclaración de Voto del Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora, es la misma del expediente 6528 del 18 de mayo de 1993, Actor: HILDEBRANDO MUÑOZ ZUÑIGA, Ponente: Doctora Clara Forero de Castro.

**CONSEJO DE ESTADO
INDICE ALFABETICO DE ACTORES
SEGUNDO TRIMESTRE
AÑO DE 1993**



PAGINA

ABEL DARIO BARROS Y OTROS	485
AGUSTIN GARZON BOLAÑOS	775
ALBA LUCIA CEBALLOS DE ARISTIZABAL	1126
ALBERTO ALVAREZ JIMENEZ	42, 45, 47, 48, 51, 100
ALBERTO VARGAS MUÑOZ	761
ALFONSO BLUM ARANGO	712
ALFREDO DE LA OSSA BUELVAS	1003
ALIRIO URIBE MUÑOZ	456
ALVARO EUGENIO TOBON CASTAÑO	681
ALVARO TIBASOSA Y MARINA ORTIZ	1418
AMPARO LOZANO DE ESCOBAR	1137
AQUILES TORRES BRETON	570
ARISTOBULO ORTIZ SAAVEDRA	1274
ARMANDO ANTONIO VIVERO ARRAZOLA	1199
ARMANDO ARANZALEZ ACUÑA	674
ARMANDO GUZMAN PENILLA	1390
ARMANDO GUZMAN PENILLA	833
ARMANDO VEGA ZABALETA	991
AUGUSTO CESAR LOSADA SILVA	586
BANCO DE COLOMBIA	1090
CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL -	
ENRIQUE DUARTE AGUILERA	782
CAMILO MONROY ROMERO	625
CARLOS ALBERTO BALLESTEROS BARON	260, 268
CARLOS ARTURO RESTREPO ARANGO	837
CARLOS JULIO SEJIN PUCHE	1086
CARLOS MANUEL ANGARITA SALGADO	359, 370

	PAGINA
CARLOS ORJUELA GONGORA	995
CENTRAL HIDROELECTRICA DEL RIO ANCHICA LTDA.	1149
CERON MACARIO FIGUEROA VILLA	1314
CESAR AUGUSTO SANCHEZ MARTINEZ Y OTRO	526
COLOMBIAN SEWING MACHINE CO.	643
COLOMBIAN SEWING MACHINE COMPANY S.A.	632
CONSTANTINO GUISAO USUGA	1321
CONTRALORIA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DEL QUINDIO	35
COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL SERVICIO URBANO DEL TOLIMA LTDA. -COTRAUTOL-	373
DELIA MARIA ZUÑIGA DE ROSERO	1429
DIEGO RESTREPO HOLGUIN	1287
DIGNALYTH ROSAS HERRERA	580
DIONISIO VELASCO VELASCO	65
EDGAR PIÑEROS RUBIO	607
EFRAIN MALAVER PATIÑO	907
ELBERTO PUMAREJO COTES	689
ELIZABETH GALEANO ORTIZ	1205
ELMER ENRIQUE DAZA DAZA	871
ELVIA TORO CARMONA	1342
EMILIANO DELGADO DELGADO	1019
ENELIA GOMEZ DE GOMEZ	883
ENRIQUE MALDONADO SANTOS	29
ENRIQUE MALDONADO SANTOS	96, 98, 101
ERNESTO COLLAZOS SERRANO	972
EUSTERGIO JIMENEZ QUIJANO	876
FABIO AUGUSTO LEYVA MEDINA	239, 253
FELIPE ELIECER DORADO ZUÑIGA	1441
FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA	434
FLOR DE MARIA CERON DE HURTADO	899
FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA	1177, 1183
GERMAN PLAZAS GONZALEZ Y OTROS	382, 392
GLADYS AREVALO	440
GLORIA MARIA URREGO ROJAS	961, 970
GONZALO GABRIEL CUBIDES CASTILLO	1113, 1118
GRACIELA GUZMAN DE ORTIZ	1060
GUILLERMO ACOSTA KERQUELEN	1211
GUILLERMO MICAN AVELLANEDA Y OTRO	764

	PAGINA
GUSTAVO CORONADO PINTO	1164
GUSTAVO H. RODRIGUEZ Y OTROS	983
GUSTAVO TORRES FUNEME	1142
HECTOR PABLO RAMIREZ SANDOVAL	519, 522
HECTOR ROMANO MARUN	464
HECTOR ROMANO MARUN	623
HERNAN DE J. CASTILLO OROZCO	787
HERNAN ZULUAGA ARISTIZABAL	277
HERNAN ZULUAGA ARISTIZABAL	394
HERNANDO GALVIS ESPINOSA	922
HERNILDA PERDOMO DE MARULANDA	1310
HILDEBRANDO MUÑOZ ZUÑIGA	1076
HIMAT	1291
HONORIO TATIS HERNANDEZ	651
HORACIO PERDOMO PARADA	326
IGNACIO CASTELLANOS CORREDOR	977
SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO - SINTRACREDITARIO -	536
INDUSTRIAS VOLMO S.A.	207
IVAN DARIO BORJA MUNERA	1120
JAIME ALFONSO JIMENEZ	740
JAIME ALFONSO RANGEL PARRA	801
JAIRO ALONSO ZAPATA DUQUE	1376
JAIRO ARBELAEZ ARIAS	1153
JAIRO CUESTA NOVOA Y OTRO	411
JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ	530
JANETH VELASQUEZ MEJIA	560
JESUS ALBERTO ROLDAN ALFONSO	868
JESUS GONZALEZ GARCIA	1167
JESUS HERNAN GIRALDO VIATELA	1172
JORGE EDUARDO RODRIGUEZ	668
JORGE ENRIQUE ROMERO PEREZ	718
JORGE IGNACIO NARANJO PEREZ	1384
JOSE A. ACERO HIDALGO	751
JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ	448
JOSE CABALLERO NAVARRO	1413
JOSE CARLOS RAMOS VIVES	1096
JOSE E. NARVAEZ Y OTRO	1370, 1374
JOSE GABRIEL MUÑOZ CORREA	879
JOSE IGNACIO RESTREPO GUTIERREZ	1356

	PAGINA
JOSE IGNACIO RIVEROS IBAGON	575
JOSE JOAQUIN SARAY ROJAS Y OTROS	718
LEONCIO CIRO ZULUAGA	1302
LEOPOLDO SANTACRUZ	956
LIBARDO PEREZ CORDOBA	846
LIBIA ZARAMA VAHOS Y OTRO	807
LUCILA DEL SOCORRO RODRIGUEZ M.	1242, 1245
LUCILA ORDOÑEZ DE MOSQUERA	1068
LUIS ALBERTO DIAZ POLANIA	1101
LUIS ALFONSO RIVERA MORENO	1402
LUIS ALFONSO ZAMBRANO MAYO	944
LUIS ALFREDO HUERTAS GUTIERREZ	1010
LUIS ALFREDO JIMENEZ E.	284
LUIS ALFREDO JIMENEZ E.	597, 601
LUIS ALFREDO JIMENEZ ESPITIA	565
LUIS CARLOS RETIS CORREDOR	477, 483
LUIS CARLOS SACHICA APONTE	1380
LUIS CARLOS SACHICA APONTE	493
LUIS GONZAGA BUSTAMANTE MARIN	214
LUZMILA MANZANO DE MUÑOZ	1347
LYDA LUZ BUELVAS DE PEREZ	1025
MARIA CAROLINA RODRIGUEZ RUIZ	229
MARIA CENIDE GIRONZA OTERO	1044
MARIA ELENA SILVA ARROYO	1332, 1338
MARIA EUFRACIA MINOTA DE RIASCOS	1445
MARIA EUGENIA SEGURA DE TAFUR	592
MARIA LEONOR PINTO DE CORENA	856
MARIA LIBIA ZAMBRANO MUÑOZ	658
MARIA OLIVA FALLA MEDINA Y OTROS	1282
MARIA PAULINA RUIZ BORRAZ Y OTROS	426
MARIA TERESA GARCES LLOREDA	222
MARIA TERESA GARCES LLOREDA	312
MARIELA ARIAS DE NARANJO	1263
MARIELA REYES VIUDA DE DUCUARA	696
MARIO CARBONELL SALAS	1363
MARIO LOPEZ VALENCIA Y GUSTAVO MONTOYA HENAO	271
MARIO NOGUERA PINEDO Y OTROS	402
MARIO RAUL CAÑAVERAL HERNANDEZ	613
MARTHA FERMIN DE SANTOS	826
MIGUEL ANGEL BOHORQUEZ MALAGON	1218

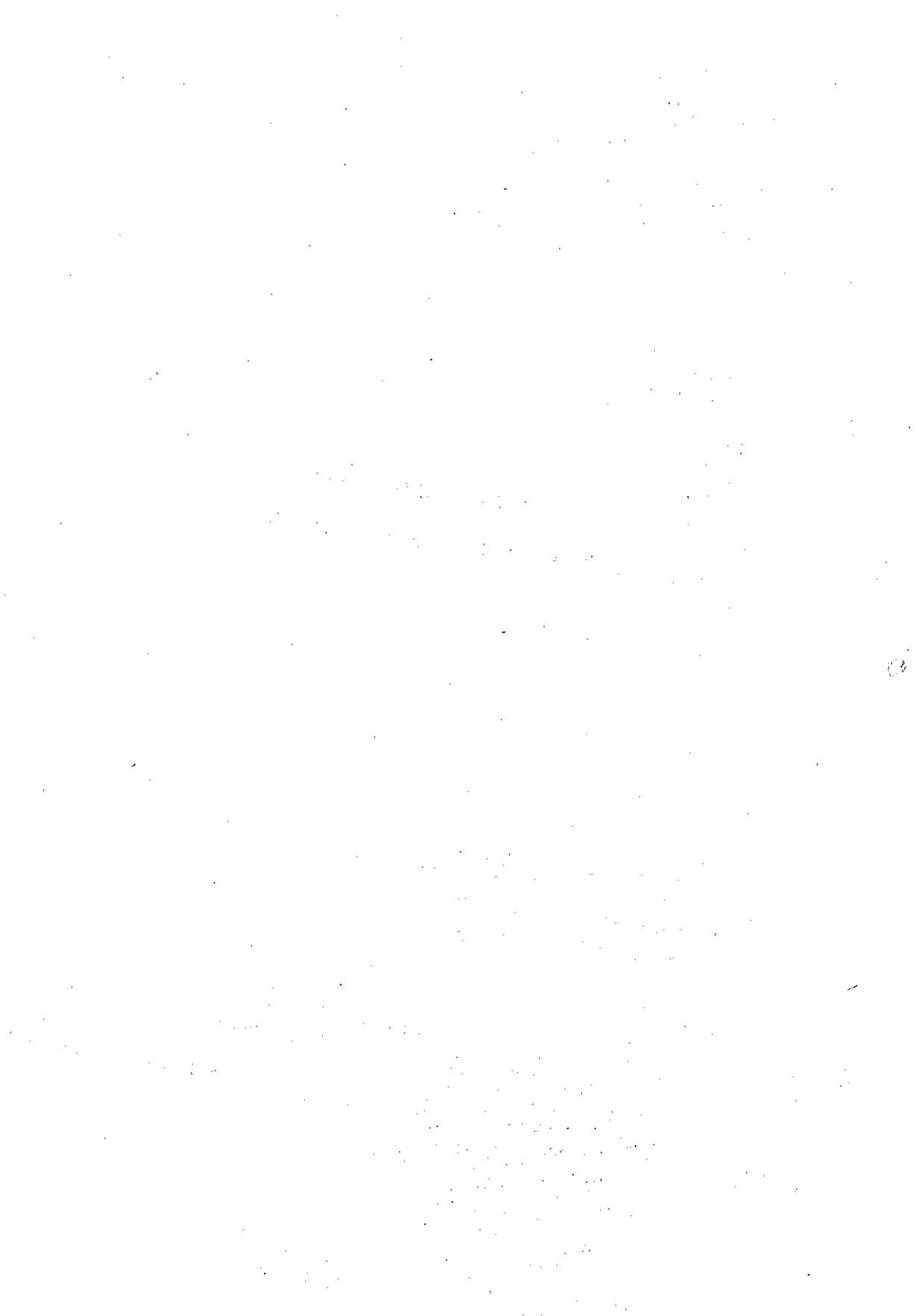
	PAGINA
MILAN DIAZ GARCIA	1108
MILAN DIAZ GARCIA	1250
MINEROS DE ANTIOQUIA S.A.	1285
MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL	693
MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL ALBERTO DEL CASTILLO QUESSEP	636
MUNICIPIO DE FLORENCIA	1232
MUNICIPIO DE FLORENCIA (ANGEL ALBERTO GARZON LEON)	1297
NOHEMY SILVA PADILLA	1040
NOHORA NUBIA DE MAHECHA Y OTRO	687
OLEYDA DEL SOCORRO MARTINEZ	793
OLGA LUCIA CAMARGO SUAREZ	1376
OLMEDO MUÑOZ ZUÑIGA	1306
OMAR PEREZ GAVIRIA	1189
OSCAR JOSE DUEÑAS RUIZ	417
OSWALDO FRANCISCO HERNANDEZ ORTIZ	338
PABLO ERNESTO BERNAL TORO	937
PEDRO ANTONIO RODRIGUEZ RUBIANO	52
PEDRO NEL ESCORCIA CASTILLO	929
PRISCYLA DIAZ DE CARABALI	1422
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION	12,19, 21, 24
PROSPERO HENRY MUÑOZ NARVAEZ	1052
RAFAEL CENTANARO ALVAREZ	1033
RAFAEL MANTILLA RUIZ	471
RAMIRO ANDRADE RODRIGUEZ	851
RAMON JIMENEZ RODRIGUEZ	1194
RAUL ARCADIO VARELA FLOREZ	662
RAUL ERNESTO SOLARTE RUANO	1326
ROBERT JOSE GANDARA TIRADO	745
ROSARIO E. QUINTANA SUAREZ	1133
SILVIA CONSTANZA VILLALOBOS ESTEVEZ	288
SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DE ALIMENTOS "SINALTRAINAL" Y SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE NESTLE DE COLOMBIA S.A. "SINTRANESTLE"	1228
SOCIEDAD AGROPECUARIA POLANIA Y CIA. LTDA	76, 94
STELLA MORALES LOZANO	509
TERMINAL DE TRANSPORTES DE POPAYAN S.A.	1351
TOMAS CASTRILLON VALENCIA	70
VICTOR JULIO CRUZ BUELVAS	755

PAGINA

VICTOR OBDULIO BENAVIDES LADINO
VOLTA S.A. INDUSTRIA ELECTRICA
YOLANDA NARVAEZ DE MONTILLA

505
733
1433

CONSEJO DE ESTADO
INDICE TEMATICO POR SECCIONES
SEGUNDO TRIMESTRE
AÑO DE 1993



INDICE TEMATICO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

TEMA	PAGINA
A	
ALUVION	76
B	
BALDIOS	76
BIEN DE USO PÚBLICO	76
C	
CADUCIDAD DE LA ACCION	75
COMPETENCIA	11
COMPETENCIA (Salvamento de Voto)	24, 26, 51
COMPETENCIA FUNCIONAL	55
COMPETENCIA TERRITORIAL	64, 70
CONFLICTO DE COMPETENCIA	64

TEMA	PAGINA
CONGRESISTA	28, 95
CONGRESO -Funciones (Salvamento de Voto)	19
CONSEJO DE ESTADO	11
CONSEJO DE ESTADO (Salvamento de Voto)	24, 26
COSA JUZGADA	42

D

DEMANDA - Corrección	75
DEMANDA - Rechazo	75
DEMANDA - Requisitos	52
DESLINDE Y AMOJAMIENTO ADMINISTRATIVO	76

G

GOBERNADOR	55
------------	----

I

INCORA	76
--------	----

L

LITIS CONSORCIO - Improcedencia	75
---------------------------------	----

N

NORMA (Salvamento de Voto)	19
NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal (Salvamento de Voto)	24

TEMA	PAGINA
NULIDAD EN LA SENTENCIA	34
NULIDAD PROCESAL - Saneamiento	64, 70

P

PERDIDA DE LA INVESTIDURA	28, 52
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Procedimiento	47
PERDIDA DE LA INVESTIDURA (Salvamento de Voto)	51
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Procedimiento (Aclaración de Voto)	47
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Procedimiento (Salvamento de Voto)	19, 24, 26, 47
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Trámite (Salvamento de Voto)	48
PODER ESPECIAL - Presentación	19
PODER ESPECIAL - Presentación (Salvamento de Voto)	21
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL	19
PRINCIPIO DE REMISION	19, 64
PRINCIPIO DE REMISION (Salvamento de Voto)	21
PROCESO ORDINARIO	95
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Causales	34
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Técnica	

S

SALA PLENA (Salvamento de Voto)	24, 26, 51
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	19
SERVICIOS SECCIONAL DE SALUD - Naturaleza	55

TEMA**PAGINA****SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL****A**

AUXILIOS - Imprudencia 135

B

BIEN INMUEBLE RURAL 195, 164
BIEN INMUEBLE RURAL - Finalidad 164, 195
BIENES FISCALES - Traslado 185
BIENES INMUEBLES 185

C

CADUCIDAD DEL CONTRATO POR CAUSA DE MUERTE 199
CALIFICACION DE SERVICIOS 144
CARRERA ADMINISTRATIVA 144, 173
CARRERA ADMINISTRATIVA - Inscripción 173
CARRERA ADMINISTRATIVA - Régimen aplicable 179
CESION DEL CONTRATO POR CAUSA DE MUERTE -
Imprudencia 199
CONGRESO DE LA REPUBLICA - Facultades 168
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA 185
CONSEJO SUPERIOR DEL SERVICIO CIVIL - Integración 168
CONTRATO DE CONCESION DE RADIODIFUSION SONORA 199
CORVINDE 135

D

DECRETO 144
DIRECCION NACIONAL DE PRISIONES - Fusión 185

TEMA	PAGINA
E	
ECOPETROL	112
ECOSALUD	117
ECOSALUD (Salvamento de Voto)	117
EMPLEADO TERRITORIAL	173
EMPLEOS - Clasificación	173
ENAJENACION - Régimen aplicable	164, 195
ENTIDAD PUBLICA	164, 195
F	
F. N. H.	153
F. N. H. - Vigencia	153
FIS	153
FISCALIA GENERAL DE LA NACION	185
FONDO DE EMPLEADOS	135
FONDO NACIONAL HOSPITALARIO - Fusión	153
FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA	185
G	
GRAVAMEN MUNICIPAL - Improcedencia (Salvamento de Voto)	117
H	
HIDROCARBUROS - Distribución	130
I	
IMPUESTO A JUEGOS PERMITIDOS	117

TEMA	PAGINA
IMPUESTO A JUEGOS PERMITIDOS (Salvamento de Voto)	117
INDERENA	135
INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - Funciones	185
 J	
JUNTA DIRECTIVA- Funciones	153
 L	
LOTERIA	148
 M	
MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA - Facultades	130
MULTAS	130
MUNICIPIO	117
 N	
NACION - Representación	185
 P	
PENSION DE JUBILACION	112
PERSONERIA JURIDICA - Inexistencia	185
PLANTA DE PERSONAL	153
PLANTA DE PERSONAL - Regimen aplicable	179
POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites	168

TEMA	PAGINA
PREMIOS SINDICALES	191
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA	168
PROYECTO	144
PUBLICA - Inscripción	185
R	
RAMA JUDICIAL	185
REAJUSTE PENSIONAL	112
RETIRO POR DERECHO A PENSION	107
S	
SANCIONES	130
SANTAFE DE BOGOTA DISTRITO CAPITAL	117
SECTOR TERRITORIAL	179
SERVICIO PUBLICO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA	185
SISTEMA NACIONAL DE SALUD	179
SORTEO EXTRAORDINARIO - Periodicidad	148
SUJETO PASIVO	117
SUJETO PASIVO (Salvamento de Voto)	117
SUPRESION DE EMPLEOS	153
T	
TRABAJADOR OFICIAL	191
TRANSFERENCIAS	117
U	
UNIVERSIDAD DEL VALLE	191

TEMA**PAGINA****SECCION PRIMERA****A**

ABOGACIA	287
ACCION DE NULIDAD ESPECIAL	207
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Imprudencia	485
ACTO ADMINISTRATIVO - Obligatoriedad	271
ACTO DE TRAMITE	213
ACTO GENERAL	485
ACTO PARTICULAR	372
ADPOSTAL - Reestructuración	411, 525, 575
ARRENDAMIENTO AERONAUTICO	229
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Facultades	238
AUDITORIA MUNICIPAL DE TRANSITO - Funciones	509
AUTORIDAD DEPARTAMENTAL DE TRANSITO - Funciones	509

B

BIEN DE USO PUBLICO	433
BIEN MOSTRENCO	612

C

CAJA AGRARIA - Reestructuración	535
CESION GRATUITA - Imprudencia	326
COMPETENCIA	519
COMPETENCIA (Salvamento de Voto)	522
COMPETENCIA RESIDUAL (Aclaración de Voto)	391
CONGRESO - Funciones	259
CONGRESO - Funciones (Aclaración de Voto)	267
CONSEJO DE ESTADO (Aclaración de Voto)	391
CONTRALORIA MUNICIPAL - Creación	277, 394

TEMA	PAGINA
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO	228
CONTRIBUCION DE VALORIZACION	326
CONTROL CONSTITUCIONAL (Aclaración de Voto)	391
COPIA DEL ACTO	213
CORPORACION NACIONAL DE TURISMO - Reestructuración	425

D

DANE - Reestructuración	591
DAS - Reestructuración	477
DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES -Temporalidad	411, 416, 425, 440, 448, 456, 471, 525, 529, 535, 560, 585, 591
DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES EXTRAORDINARIAS - Temporalidad	382
DELEGACION DE FUNCIONES	519
DELEGACION DE FUNCIONES (Aclaración de Voto)	267
DELEGACION DE FUNCIONES (Salvamento de Voto)	522
DELEGACION DE FUNCIONES - Imprudencia	259
DEMANDA - Requisitos	213
DENUNCIA DE BIEN MOSTRENCO	612
DEPARTAMENTO	238
DERECHOS ADQUIRIDOS - Inexistencia	535
DESCONGESTION DE DESPACHOS JUDICIALES	213
DIRECCION NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES - Fusión	585
DISTRITO DE OBRAS PUBLICAS - Liquidación	381
DISTRITO TURISTICO CULTURAL E HISTORICO DE SANTA MARTA	401

E

EMPCOPER - Reestructuración	560
EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION	565, 601
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO	433
ENTIDAD SIN ANIMO DE LUCRO	287
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS	

TEMA	PAGINA
DEPARTAMENTALES	283, 565, 597, 601
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES	222
ESTABLECIMIENTO PUBLICO - Estructura (Aclaración de Voto)	267
ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACION NACIONAL	259
ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACION NACIONAL (Aclaración de Voto)	267
ESTRUCTURA INTERNA	525, 535
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD	287
EXPROPIACION - Improcedencia	433
F	
FISCAL GENERAL DE LA NACION	519
FISCAL GENERAL DE LA NACION (Salvamento de Voto)	522
FUNCION ADMINISTRATIVA	287
G	
GOBERNADOR - Facultades	569
GOBIERNO - Facultades	580
GOBIERNO NACIONAL - Facultades	25, 529, 535, 560, 575, 585, 591, 607
GOBIERNO NACIONAL - Facultades (Salvamento de Voto)	252
GOBIERNO NACIONAL - Funciones	259
GOBIERNO NACIONAL - Funciones (Aclaración de Voto)	267
I	
ICA - Reestructuración	580
ICEL - Reestructuración	471
IDU - Facultades	326
INDEMNIZACION - Improcedencia	260
INICIATIVA LEGISLATIVA	569

TEMA	PAGINA
INSTITUCIONES DE EDUCACION SUPERIOR	493
INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN	493
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY	612

J

JUNTA DIRECTIVA - Facultades	565,601
JUNTA DIRECTIVA - Funciones (Aclaración de Voto)	267
JUNTA DIRECTIVA - Integración	222
JUNTA MUNICIPAL DE DEPORTES	505
JUNTA SECCIONAL DE DEPORTES	505
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	287

L

LEY EN EL TIEMPO	612
------------------	-----

M

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO	
PUBLICO - Reestructuración	416
MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA - Reestructuración	463
MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y	
TRANSPORTE - Reestructuración	381, 448
MINISTERIO DE SALUD - Reestructuración	607
MINISTERIO DE TRANSPORTE	382, 448
MONOPOLIO DE LOTERIAS	238
MONOPOLIO DE LOTERIAS (Salvamento de Voto)	252
MORAL	287

TEMA	PAGINA
N	
NORMA CONSTITUCIONAL TRANSITORIA	463, 477
O	
OBJECION DEL GOBERNADOR	213
ORGANISMOS DE SALUD	601
P	
PLAN VIAL DISTRITAL	326
PLANTA DE PERSONAL	283, 382, 416, 440, 456, 471, 525, 529, 535, 575, 597, 607
PLANTA DE PERSONAL - Modificación	259
PLAZO	525, 529, 535, 560, 580, 585, 591, 607
POTESTAD REGLAMENTARIA	337, 493
POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites	222
PRESUNCION DE AUTENTICIDAD	213
PRESUNCION DE LEGALIDAD	311
PRESUNCION DE VERACIDAD	311
PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL	569
PRESUPUESTO DISTRITAL	401
PRESUPUESTO MUNICIPAL	277, 394
PRINCIPIO DE AUTONOMIA	238
PROSOCIAL - Reestructuración	535
PROYECTO DE ORDENANZA	213
PUBLICACION	271
R	
RECURSOS DE CREDITO	401
RED DE TELECOMUNICACIONES	338
REGISTRO DE MARCA	207
REGLAMENTO CONSTITUCIONAL (Aclaración de Voto)	391
REGLAMENTO ESTUDIANTIL	287
REVOCACION DEL ACTO	372

TEMA	PAGINA
-------------	---------------

S

SANCION DE LA ORDENANZA	213
SENA - Reestructuración	259, 260
SENA - Reestructuración (Aclaración de Voto)	267
SENTENCIA INHIBITORIA	213
SERVICIO BASICO	337
SERVICIO DE VALOR AGREGADO	337
SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION	287, 493
SERVICIO PUBLICO DE SALUD	283, 565, 597
SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES	311, 337, 338
SERVICIO PUBLICO DE TRANSITO	509
SERVICIOS PUBLICOS MUNICIPALES	222
SISTEMA SATELITAL	338
SUBSIDIO FAMILIAR	358
SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES - Reestructuración	440
SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR - Funciones	358
SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR - Reestructuración	358
SUPRESION DE EMPLEOS	259, 381, 411, 463, 477, 535, 560, 607
SUSPENSION PROVISIONAL	585, 591
SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia	519
SUSTRACCION DE MATERIA - Improcedencia	311

T

TELECOM - Reestructuración	456
TITULO DE ABOGADO - Requisitos	287
TITULOS DE DEUDA PUBLICA	401

TEMA**PAGINA****SECCION SEGUNDA****A**

ABANDONO DEL CARGO	1363, 1390
ABANDONO DEL CARGO - Inexistencia	961
ACCION DE NULIDAD	716
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	689, 832, 871, 1167, 1282
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedencia	1188
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (Aclaración de voto)	687, 710
ACCION DE REPARACION DIRECTA	1188
ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	1085
ACTA - Firma	1018
ACTO COMPLEJO	1356, 1395
ACTO COMPLEJO - Inexistencia	1210
ACTO DE COMUNICACION - Inexistencia (Aclaración de Voto)	710
ACTO DE CONFIRMACION	1356, 1395
ACTO DE CONVOCATORIA (Salvamento de Voto)	642
ACTO DE EJECUCION	1210
ACTO DE NOMBRAMIENTO	1356, 1395
ACTO DE OBLIGATORIO (Salvamento de Voto)	642
ACTO DE TRAMITE	631, 1284
ACTO DEFINITIVO - Inexistencia (Salvamento de Voto)	1170
ACTO FICTO	1085, 1172
ACTO PRESUNTO	658, 846, 851
ACTO PRINCIPAL	1284
ACUMULACION DE PROCESOS	1375
ACUMULACION DE TIEMPO	990
ADMINISTRACION DE LA EDUCACION	774
ANALOGIA - Improcedencia (Aclaración de Voto)	887
ANALOGIA (Aclaración de Voto)	903
ANALOGIA - Improcedencia	1028, 1048, 1072
ANALOGIA - Improcedencia (Aclaración de Voto)	1056, 1081, 1409, 1437
ANOTACION EN LA HOJA DE VIDA (Aclaración de Voto)	1147
APORTES PARAFISCALES	767

TEMA	PAGINA
ASCENSO EN EL ESCALAFON	1126
ASIGNACION DE RETIRO	695
ASOCIACION DE MUNICIPIOS - Naturaleza Jurídica	680
AUSENCIA INJUSTIFICADA	1363

C

CADUCIDAD	832, 871, 1167, 1204, 1282, 1418
CADUCIDAD (Aclaración de Voto)	710
CADUCIDAD - Improcedencia (Salvamento de Voto)	1170
CADUCIDAD - Término	1133, 1413, 689
CADUCIDAD - Término (Aclaración de Voto)	687
CADUCIDAD DE LA ACCION	1126
CAJA AGRARIA - Estructura	717
CAJA AGRARIA - Naturaleza Jurídica	717
CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL	928
CALIFICACION DE SERVICIOS	976
CARGO DE CONFIANZA	1384
CARGO DE DIRECCION Y CONFIANZA	754
CARRERA ADMINISTRATIVA - Inscripción	1331
CARRERA ADMINISTRATIVA - Inscripción (Salvamento de Voto)	1338
CARRERA ADMINISTRATIVA - Requisitos (Salvamento de Voto)	1338
CARRERA JUDICIAL	673, 793, 972, 976, 1002, 1095
CARRERA JUDICIAL - Estabilidad	826, 982
CARRERA JUDICIAL - Ingreso	944
CLUB MILITAR	1218
COMISION	667
COMPAÑERO PERMANENTE	1248
COMPETENCIA	680, 732, 961, 1089
COMPETENCIA A CARRERA - Improcedencia	972
COMPETENCIA FUNCIONAL	631, 1149, 1089
COMPETENCIA FUNCIONAL (Salvamento de Voto)	642
COMPETENCIA POR CUANTIA	1273
COMPETENCIA POR CUANTIA (Salvamento de Voto)	970
CONFIRMACION - Improcedencia	1395
CONGELACION DE LA CESANTIA	921
CONGRESO - Facultades	1262, 1320, 1341, 1380
CONGRESO DE LA REPUBLICA	1176, 1182

TEMA**PAGINA**

CONSEJO DE ESTADO	961
CONSENTIMIENTO	1010
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA	1010
CONTRATO DE TRABAJO	1089
CONTROVERSIAS JUDICIALES	732, 1089
CONVICCION MORAL	1395
CONVIVENCIA MARITAL - Periodo	1248

D

DEBIDO PROCESO	1194, 1351
DELEGACION DE FUNCIONES	774, 787, 1250
DEMANDA - Ineptitud	1284, 1356
DEMANDA - Interpretación	1262
DEMANDA - Requisitos	667, 712, 764, 856, 921, 928, 1137, 1282, 1320, 1341
DEMANDA- Interpretación	716
DERECHO A REELECCION	982
DERECHO DE DEFENSA	1194, 1351
DERECHO PREFERENCIAL	673
DERECHOS ADQUIRIDOS	1249
DERECHOS ADQUIRIDOS (Salvamento de Voto)	1016
DESCUENTO - Improcedencia	1028, 1048, 1072
DESCUENTO - Improcedencia (Aclaración de Voto)	887, 903, 1056, 1081, 1437
DESCUENTO A PENSIONADOS - Trámite interno	1107
DESCUENTOS - Improcedencia (Aclaración de Voto)	1409
DESTITUCION - Improcedencia	754, 1194
DESVIACION DE PODER	837, 1120, 1241, 1287, 1384, 1402
DIRECTIVA PRESIDENCIAL	1241
DIRECTOR	680
DIRECTOR - Facultades	662
DIRECTOR REGIONAL - Solicitud Motivada	787
DOCENTE - Exclusión	883
DOCENTE - Inexistencia	744
DOCUMENTO FALSO - Inexistencia	1231, 1296

TEMA

PAGINA

E

EDAD DE RETIRO FORZOSO	883, 1010, 1024, 1032, 1044, 1052, 1068, 1076, 1302, 1306, 1310, 1347, 1429, 1422, 1433, 1441, 1445
EDAD DE RETIRO FORZOSO (Salvamento de Voto)	1016
EDAD DE RETIRO FORZOSO REINTEGRO - Improcedencia	1060
EMBAJADOR	921
EMPLEADO DE CARRERA	1331
EMPLEADO DE LA RAMA JUDICIAL - Estabilidad	1095
EMPLEADO DEPARTAMENTAL - Régimen pensional	1341
EMPLEADO OFICIAL	717, 1010, 1149
EMPLEADO PARTICULAR	1249
EMPLEADO PUBLICO	1176, 1182
EMPLEADO PUBLICO - Estabilidad	800
EMPLEADO PUBLICO - Estabilidad (Aclaración de Voto)	1147
EMPLEADO PUBLICO - Inexistencia	680, 1048, 1072
EMPLEADO PUBLICO - Inexistencia (Aclaración de Voto)	887, 1056, 1081, 1409, 1437
EMPLEADOS DEL SERVICIO EXTERIOR	781
EMPLEO DE CARRERA - Estabilidad (Salvamento de Voto)	1338
EMPLEO DE CARRERA - Requisitos	1331
EMPLEO DE PERIODO	1194
EMPLEO PUBLICO - Inexistencia	1028
EMPLEO PUBLICO - Inexistencia (Aclaración de Voto)	903
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO	1149
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - Regimen aplicable	680
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES - Estructura	680
ESCALA DE REMUNERACION	717
ESCALAFON	883, 1095
ESCALAFON DOCENTE	1024, 1126, 1302
ESCALAFON DOCENTE - Ascenso	636
ESCALAFON DOCENTE - Ascenso (Salvamento de Voto)	693
ESCALAFON DOCENTE - Estabilidad	744
ESCALAFON DOCENTE - Exclusión	1060, 1068, 1306, 1347, 1422, 1445
ESCALAFON DOCENTE - Experiencia	636
ESCALAFON DOCENTE - Inscripción	636
ESCALAFON DOCENTE - Inscripción (Salvamento de Voto)	693
ESCALAFON JUDICIAL	673, 972, 976, 982,

TEMA	PAGINA
ESCALAFON JUDICIAL - Inexistencia	1002
ESTABILIDAD - Improcedencia	1331
ESTABLECIMIENTO PUBLICO DEPARTAMENTAL	658
ESTATUTO DE PERSONAL	712
ESTATUTO DE PERSONAL - Adscripción	928
ESTATUTO INTERNO	717
EXCLUSION DEL ESCALAFON	1032, 1044, 1076, 1429, 1441
EXPERIENCIA DOCENTE (Salvamento de Voto)	693

F

FACTOR SALARIAL	868
FACULTAD DISCRECIONAL	800
FALTA DE JURISDICCION	679
FIJACION EN LISTA	1370
FUNCIONARIO DE LA CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR	921
FUNCIONARIO JUDICIAL	1095, 1395
FUNCIONARIO JUDICIAL - Estabilidad	826, 976
FUNCIONARIOS DEL SERVICIO EXTERIOR	921
FUNDAMENTOS DE DERECHO	667, 856, 928

G

GASTOS DE REPRESENTACION	868
GERENTE	787
GOBERNADOR - Facultades	774
GOBIERNO - Facultades	1250
GOBIERNO NACIONAL - Facultades	1380

I

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES	807
INDICIOS	837, 1101

TEMA	PAGINA
INDIVIDUALIZACION DEL ACTO	1356
INEPTA DEMANDA	846
INEPTITUD DE LA DEMANDA - Improcedencia	856
INSCREDIAL	787
INSCRIPCION EN CARRERA - Improcedencia	976
INSUBSISTENCIA	689, 744, 800, 871, 875, 879, 1018, 1101, 1113, 1120, 1141, 1241, 1363, 1384
INSUBSISTENCIA (Aclaración de Voto)	1147
INSUBSISTENCIA (Aclaración de Voto)	710
INSUBSISTENCIA - Improcedencia	837, 1024, 1068, 1287, 1445
INSUBSISTENCIA - Improcedencia (Salvamento de Voto)	1338
INSUBSISTENCIA - Improcedencia (Aclaración de Voto)	1118
INSUBSISTENCIA - Procedencia	1331
INTRA	662
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY - Improcedencia	1291
ISS	1107

J

JEFE SECCIONAL DE SALUD - Facultades	754
JORNADA LABORAL	740
JUDICIAL - Inexistencia	1095
JUEZ DE CIRCUITO	1095
JUEZ DE CIRCUITO - Estabilidad	651, 673
JUEZ DE CIRCUITO - Estabilidad	673
JUNTA ADMINISTRADORA	1018
JUNTA DIRECTIVA	680
JUNTAS DIRECTIVAS - Facultades	717
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (Salvamento de voto)	642
JURISDICCION ORDINARIA	631, 680, 1989, 1149
JURISDICCION ROGADA	667, 712, 928, 1137, 1210
JUSTICIA PENAL MILITAR	667

TEMA**PAGINA****L**

LEGISLACION INTERNA	800
LEGITIMACION POR ACTIVA	1282
LEGITIMACION POR PASIVA	774, 1262, 1320, 1341
LEGITIMACION POR PASIVA - Ausencia	1314
LEY EN EL TIEMPO	1010, 1291
LITIS CONSORCIO NECESARIO - Imprudencia	716
LITIS CONSORCIO PASIVO	921

M

M.A.S.A	1018
MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL	1380
MINISTERIO DE TRABAJO - Funciones	732, 1089
MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL - Adscripción	928
MINISTERIO PUBLICO	740

N

NACIONALIZACION DE LA EDUCACION	774, 1320, 1341
NACIONALIZACION DE LA EDUCACION - Efectos	1262
NOMBRAMIENTO EN INTERINIDAD	673, 651, 1095
NOMBRAMIENTO EN PROPIEDAD	673, 1095
NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD	1002, 1331
NOMINADOR - Facultades	793, 1002, 1095
NORMAS VIOLADAS	712
NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION	1137
NULIDAD - Imprudencia	1085
NULIDAD EN LA SENTENCIA - Inexistencia	955
NULIDAD PROCESAL	679

TEMA**PAGINA****P**

PAGO	767, 1085
PAGO - Financiación	1250
PENSION	1249
PENSION COMPARTIDA - Reconocimiento	1249
PENSION DE INVALIDEZ	695
PENSION DE INVALIDEZ - Improcedencia	937
PENSION DE INVALIDEZ - Incompatibilidad	695
PENSION DE JUBILACION 800, 883, 899, 1024, 1032, 1040, 1044, 1052, 1068, 1076, 1302, 1306, 1310, 1347, 1422, 1429, 1433, 1441, 1445	
PENSION DE JUBILACION - Compatibilidad	1060
PENSION DE JUBILACION - Imprescriptibilidad	1413
PENSION DE JUBILACION - Liquidación	921
PENSION DE JUBILACION - Reconocimiento	990, 1149, 1250, 1262
PENSION DE JUBILACION - Tope	1176, 1182
PENSION GRACIA - Compatibilidad	1040
PERDIDA DE VIGENCIA DEL ACTO	224
PERIODO JUDICIAL	673, 793, 826, 1002, 1095
PERIODO JUDICIAL - Vencimiento	651
PERSONAL - Destitución	754
PERSONAL - Nombramiento	754
PERSONAL DOCENTE 883, 889, 990, 1024, 1032, 1040, 1044, 1052, 1060, 1068, 1076, 1085, 1262, 1306, 1310, 1347, 1363, 1422, 1429, 1433, 1441, 1445	
PERSONAL DOCENTE - Estabilidad	1060, 1302, 1306, 1347
PERSONAL DOCENTE - Régimen aplicable	744
PERSONAL MILITAR	695, 937
PERSONERIA JURIDICA - Improcedencia	995
PLANTA DE PERSONAL	662
PODER	1163
PODER DE POLICIA ADMINISTRATIVA - Límites	732, 1089
PODER EJECUTIVO	667
POTESTAD REGLAMENTARIA	767, 1248
POTESTAD REGLAMENTARIA - Inexistencia	1107
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA	767
PRESTACIONES PERIODICAS - Inexistencia	1413, 1418
PRESTACIONES SOCIALES	1262, 1320, 1341
PRESTACIONES SOCIALES - Liquidación	921
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL - Improcedencia	1204

TEMA	PAGINA
PRIMA DE ANTIGUEDAD - Reajuste	1085, 1204
PRINCIPIO DE IGUALDAD	1273
PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD	695
PROCESALISMO	856
PROCESO DISCIPLINAR - Inexistencia	1363
PROCESO DISCIPLINARIO	1194, 1326
PROVIDENCIA DE CONDENA	1028, 1048, 1072
PROVIDENCIA DE CONDENA (Aclaración de Voto)	887, 903, 1056, 1081 1409, 1437
PRUEBA RECOBRADA - Inexistencia	1231, 1296
PRUEBAS - Apreciación	837

R

RAMA EJECUTIVA - Integración	928
RAMA JUDICIAL	732, 1089
RAMA JURISDICCIONAL	667
REAJUSTE PENSIONAL - Beneficiarios	1250
REASUNCION DE FUNCIONES - Improcedencia	774
RECURSO DE APELACION - Improcedencia	631, 761
RECURSO DE APELACION - Procedencia	679
RECURSO DE QUEJA	1284
RECURSO DE REPOSICION	658, 1370
RECURSO DE REPOSICION - Improcedencia	832
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION	955, 1163
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Causales	1231, 1296
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Causales	1231
RECURSOS	1284
RECURSOS - Improcedencia	879
<i>REFORMATIO IN PEJUS</i>	875
REGIMEN PRESTACIONAL - Derogatoria	1380
REGIMEN SALARIAL	1380
REINTEGRO (Salvamento de Voto)	1016
RELIQUIDACION DE PENSION - Improcedencia	781
REMOCION - Improcedencia	787
RENUNCIA	667
RENUNCIA (Salvamento de Voto)	913
RENUNCIA - Aceptación	961

TEMA	PAGINA
RENUNCIA - Término	961
RENUNCIA FORZADA	1199
RENUNCIA FORZADA (Salvamento de Voto)	913
RENUNCIA FORZADA - Inexistencia	907
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA	767
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	1172
RETIRO DEL SERVICIO	807
RETIRO POR DERECHO A PENSION	1249
RETIRO POR DERECHO A PENSION - Improcedencia	1010
RETIRO POR DERECHO A PENSION - Improcedencia (Salvamento de voto)	1016
RETROACTIVIDAD - Improcedencia	781, 1250
RETROACTIVIDAD DE LA LEY - Improcedencia	695
RETROACTIVIDAD DE LA LEY - Improcedencia	695, 944
REVOCACION DE NOMBRAMIENTO - Inconsistencia	1395

S

SALARIO	1085
SALARIO - Compatibilidad	883, 889, 1024, 1032, 1044, 1052, 1068, 1076, 1306, 1310, 1347, 1421, 1422, 1433, 1441, 1445
SALARIO - Improcedencia	767
SANCION DISCIPLINARIA	1351
SEGUROS SOCIALES - Desafiliación	1249
SENA	712
SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD	1231, 1296
SENTENCIA JUDICIAL	631, 761
SEPARACION DEL SERVICIO	875
SESION	1018
SILENCIO ADMINISTRATIVO	1085
SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO	658, 846, 851
SINDICATO GREMIAL - Requisitos	1291
SISTEMA NACIONAL DE SALUD - Adscripción	928
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA	717
SOCIO ACTIVO	1218
SOCIO EFECTIVO - Requisitos	1218
SUBGERENTE ADMINISTRATIVO	787
SUBSIDIO FAMILIAR	767

TEMA**PAGINA**

SUELDO - Compatibilidad	1249
SUSPENSION PROVISIONAL	1224, 1370
SUSPENSION PROVISIONAL - Finalidad	751
SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia	875
SUSTITUCION PENSIONAL - Beneficiario	1248
SUSTRACCION DE MATERIA	764
SUSTRACCION DE MATERIA - Improcedencia	716

T

TEORIA DE LOS FINES Y MODALIDADES	1188
TERMINO	1370
TESTIMONIO - Valor Probatorio	1326
TESTIMONIOS	837
TRABAJADOR INDEPENDIENTE - Inexistencia	995
TRABAJADOR OFICIAL	680
TRANSITO DE LEGISLACION	1010
TRASLADO (Salvamento de Voto)	913
TRATADOS INTERNACIONALES	800
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO (Salvamento de Voto)	970
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO	631
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO OBLIGATORIO (Salvamento de Voto)	642

U

ULTRACTIVIDAD - Improcedencia	751
UNIVERSIDAD DE LOS LLANOS ORIENTALES	1085

V

VIA DE HECHO	1188
VIA GUBERNATIVA - Agotamiento	658, 832, 1284
VIATICOS	1153

LA IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
REALIZÓ EL DISEÑO GRÁFICO DE ESTA OBRA
« ANALES CONSEJO DE ESTADO 2º TRIMESTRE 1993
1ER. TOMO »
Y TERMINÓ SU IMPRESIÓN EN ENERO DE 1996

IVSTITIA ET LITTERAE

