REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXXVII
PRIMERA PARTE

ABRIL - MAYO - JUNIO
1994

RELATORA: DRA. MARIA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

IMPRESO EN COLOMBIA **PRINTED IN COLOMBIA**

Impreso en los Talleres de la Empresa Editorial de Cundinamarca Antonio Nariño - EDICUNDI
Santafé de Bogotá, D.C.

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

SEGUNDO TRIMESTRE

1994

Presidente
Dr. Amado Gutiérrez Velásquez

Vicepresidente
Dr. Miguel González Rodríguez

Secretaria General
Dra. Nubia González Cerón

SECCION PRIMERA

Dr. Yesid Rojas Serrano
Presidente

Dr. Miguel González Rodríguez
Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz
Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez

Dra. Katerine Karakalpakis Calderón
Secretaria

SECCION SEGUNDA

Dra. Dolly Pedraza de Arenas
Presidente

Dra. Clara Forero de Castro
Dr. Alvaro Lecompte Luna
Dr. Carlos Arturo. Orjuela Góngora
Dr. Joaquín Barreto Ruiz
Dr. Diego Younes Moreno

Dra. Eneida Wadnipar Ramos
Secretaria

SECCION TERCERA

Dr. Daniel Suárez Hernández
Presidente

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

Dra. Lola Elisa Benavides López
Secretaria

SECCION CUARTA

Dr. Guillermo Chahín Lizcano
Presidente

Dra. Consuelo Sarria Olcos
Dr. Jaime Abella Zárate
Dr. Delio Gómez Leyva

Dr. Carlos Alberto Flórez R.
Secretario

SECCION QUINTA

Dra. Miren De La Lombana de Magyaroff
Presidente

Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía
Dr. Amado Gutiérrez Velásquez
Dr. Miguel Viana Patiño

Dr. Octavio Galindo Carrillo
Secretario

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. Roberto Suárez Franco
Presidente

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

Dra. Elizabeth Castro Reyes
Secretaria

PROCURADURIAS DELEGADAS

1a. Dr. Juan Carlos Henao
2a. Dra. Libia Zuluaga Uribe
3a. Dr. Jairo Maya Betancourt
4a. Dra. María Eugenia Samper R.
5a. Dra. Edne Cohen Daza
6a. Dra. Inés Hurtado Cubides
7a. Dra. Margarita Olaya de Obando
8a. Dr. Jaime Ossa Arbeláez
9a. Dra. Luz Stella Peña Méndez
10a. Dr. Félix Arturo Mora

RELATORES

Dra. María del Pilar Espinosa Salazar
Dr. Danilo Alfonso Rojas Betancourth (Hasta el 19 de abril)
Dra. María Claudia Suescún de Salazar (Desde el 14 de junio)

SALA
PLENA

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION/CAUCION/AMPARO DE POBREZA/GRAVEDAD DE JURAMENTO

El artículo 160 del C. de P. C. establece que se concederá el amparo de quien no esté en capacidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su propia subsistencia y de las personas a las que por ley debe alimentos, salvo la excepción establecida en la norma. No obstante que en el presente caso se invoca el amparo dentro del mismo escrito demandatorio es claro que es procedente otorgarlo por cuanto el apoderado de la solicitante hace la petición bajo la gravedad del juramento, tomando para sí tal responsabilidad, con el objeto de que se exima a su poderdante de la presentación de la caución.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. REV-075. Recurso Extraordinario de Revisión. Actor: Idalia Esther Borja Hernández.

Mediante apoderado la señora Idalia Esther Borja Hernández presenta recurso extraordinario de revisión contra la sentencia del 3 de octubre de 1991, dictada por la Sección Tercera de la Corporación.

Como en el escrito demandatorio el apoderado solicita para la poderdante el amparo de pobreza, para efectos de que no se señale la caución establecida en el art.

190 del C.C.A., tal como quedó subrogado por el art. 43 del Decreto 2304 de 1989, el despacho procede a verificar si se cumplen los requisitos para su otorgamiento.

El art. 160 del C. de P. C. establece que se concederá el amparo de quien no esté en capacidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su propia subsistencia y de las personas a las que por ley debe alimentos, salvo la excepción establecida en la norma.

Conforme al art. 161 cuando se trate de demandante que actúe por intermedio de apoderado se formulará al mismo tiempo la demanda en escrito separado.

No obstante que en el presente caso se invoca el amparo dentro del mismo escrito demandatorio es claro que es procedente otorgarlo por cuanto el apoderado de la solicitante hace la petición bajo la gravedad del Juramento, tomando para sí tal responsabilidad, con el objeto de que se exima a su poderdante de la presentación de la caución.

En este orden de ideas se concederá el beneficio solicitado.

Como la decisión debe adoptarse en el mismo auto admisorio de la demanda, conforme lo ordena el art. 162 del C. de P. C., es procedente proveer sobre el particular en este mismo proveído y admitir la demanda presentada por cuanto reúne los requisitos legales.

Así las cosas, el Despacho,

RESUELVE:

1. Otorgar el amparo de pobreza solicitado en el escrito demandatorio, por lo cual, no hay lugar a fijar la caución de que trata el art. 190 tal como fue subrogado por el art. 43 del Decreto 2304 de 1989.

2. Admitir la anterior demanda, en consecuencia se dispone:

Notifíquese personalmente al señor Ministro de Defensa Nacional o al Representante Legal de ese Ministerio, para que conteste la demanda y solicite pruebas dentro del término de diez (10) días, conforme al art. 191 del C.C.A., el cual fue subrogado por el art. 44 del Decreto 2304 de 1989.

Notifíquese al Ministerio Público personalmente.

3. Reconócese al Dr. Walter Cuello González como apoderado de la señora Idalia Esther Borja Hernández, quien es parte actora dentro del proceso, en los términos y para los efectos del poder conferido visible a fl. 6.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Miren De La Lombana de Magyaroff.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION/SENTENCIA INHIBITORIA/PRUEBA RECOBRADA

Contra sentencias que no hacen tránsito a cosa juzgada material, también procede el recurso extraordinario de revisión. La única condición que impone la ley es que la sentencia se halle ejecutoriada, y como las sentencias inhibitorias cuando no son susceptibles de recursos, adquieren ejecutoria, de conformidad con la norma citada pueden ser impugnadas a través del recurso extraordinario de revisión. Al referirse la norma a prueba recobrada, significa que debe ser un elemento probatorio que ya existía al tiempo de dictarse la sentencia, pero que llegó a poder del impugnante con posterioridad. No están incluídas en esta causal pruebas que obrando en poder del impugnante hubieran debido y podido aportarse oportunamente, pues no se trata de remediar una inactividad o negligencia en el diligenciamiento de la prueba, sino de corregir la causa insuperable en que estuvo el recurrente de hacer valer la prueba dentro del proceso. En el *sub-lite* no puede considerarse que el documento sea una "prueba recobrada" en el sentido que la jurisprudencia le ha dado, de prueba que no se tuvo y se recuperó con posterioridad al fallo. Tampoco considera la Sala que esta prueba fuera decisiva para que se hubiera proferido un fallo diferente.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. REV-043. Recurso Extraordinario de Revisión. Actor: Promotora Universal de Inversiones "Prounida Ltda.".

Se decide el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la sociedad Promotora Universal de Inversiones Ltda. "Prounida Ltda.", contra la sentencia de 25 de septiembre de 1989, proferida, en única instancia, por la Sección Cuarta de esta Corporación.

I–. ANTECEDENTES

Las sociedades "Prounida Ltda." y "Coloca Ltda." en acción de plena jurisdicción, solicitaron al Consejo de Estado, declarar la nulidad de los oficios de fecha 14 y 20 de septiembre de 1982 dirigidos por la Comisión de Valores a la sociedad "Coloca Ltda." y el marconigrama o telegrama dirigido por la misma Comisión al Banco de Caldas prohibiendo el registro de transferencia de acciones a favor de los demandantes (sic) de fecha de agosto de 1982. Igualmente solicitaron ordenar a la Nación Colombiana a pagar a los demandantes los perjuicios por daño emergente y lucro cesante, incluyendo en ellos capital, intereses y reajuste monetario, "que dicha sociedad ha sufrido o llegue a sufrir en el futuro, como consecuencia de los actos administrativos acusados".

II–. LA SENTENCIA RECURRIDA

La Sección Cuarta de la Corporación mediante la sentencia que es objeto del recurso, denegó la nulidad de los actos administrativos acusados, negó las demás súplicas de "Coloca Ltda." y se inhibió para pronunciarse respecto de las peticiones de "Prounida Ltda."

Estimó la Sala de Sección que como básicamente el argumento central de la demanda radicaba en la consideración de que los actos censurados revocaban implícitamente la resolución 248 de agosto 9 de 1982 de la Comisión de Valores, por medio de la cual se autorizó a los accionantes la realización de una oferta pública para la adquisición de un paquete de acciones del Banco de Caldas, debía efectuarse un estudio minucioso, tanto de los poderes y funciones de la Comisión de Valores, como del contenido, alcances y finalidad de los actos acusados y luego de realizado éste, concluyó:

> "Es cierto sí que la Comisión de Valores asumió en este oficio y en el anteriormente comentado (se refiere a los oficios de 14 de septiembre y de 20 de septiembre de 1982) un papel inquisitivo tendiente a averiguar esencialmente la viabilidad legal de la operación de cambio exterior que se había mencionado como necesaria para el pago de las acciones que Coloca Ltda. adquiriría como resultado de la oferta pública; pero esta inquisición, en primer término no suponía, como lo advierte la Sala, un desconocimiento o modificación de la autorización otorgada para adelantar la oferta, ni tampoco una suspensión de la misma; y en segundo lugar, tenía pleno fundamento legal en las normas que dotaron a la

Comisión de Valores de poderes y facultades de policía administrativa económica en el campo de mercado de valores, según lo expuesto en anteriores apartes de esta providencia. A este respecto reitera la Sala la doctrina expuesta en la sentencia referida anteriormente acerca de las amplias facultades de regulación, vigilancia y control de que fue dotada por la ley la Comisión Nacional de Valores, las cuales como se dejó expuesto son una expresión fidedigna del poder de intervención del Estado en la economía y tienen como objeto según la ley "estimular, organizar y regular el mercado público de valores". A voces de la ley 32 de 1979 dichas funciones no están limitadas a la autorización de la oferta pública de los valores inscritos, ni a la actuación como simple oficina de registro, sino que se extienden a campos de la actividad general del mercadeo de los valores y tienden a la protección de los intereses de quienes efectúan inversiones en tal mercado".

Y respecto al marconigrama, dijo:

"Inicialmente se advierte por la Sala que tampoco esta orden afecta directa o indirectamente, revocando o modificando o suspendiendo, la autorización de oferta pública de compra contenida en la resolución 248 de 1982 de la Comisión de Valores, la cual debía culminar en los términos autorizados. La orden emitida mediante el marconigrama comentado estaba llamada a tener cumplimiento después de surtidos los efectos de dicha oferta y partía del supuesto de que la oferta se había ejecutado al formalizarse dentro del plazo previsto las aceptaciones pertinentes, ya que ella se refiere claramente a la suspensión de la inscripción de traspasos de acciones originadas en aceptaciones de oferta. Resulta entonces inane el cargo de que esta orden implique la revocatoria ilegal de la autorización de oferta pública de compra tantas veces mencionada y por ende tampoco son válidos los cargos que se hacen derivar de la prosperidad de éste".

Para fundamentar su decisión inhibitoria respecto a las pretensiones de "Prounida Ltda.", la Sala se expresó así:

"Es de destacar aquí no sólo en relación con el marconigrama comentado, sino también con los oficios objeto de la demanda que ellos para nada hacen mención de la sociedad Prounida Ltda., la otra demandante y beneficiaria de la autorización de oferta pública de compra. Por lo tanto esta firma no pudo ser afectada de manera alguna por los actos demandados y, concretamente, la orden de no inscripción de los traspasos de acciones se profirió en relación con las aceptaciones referentes a Coloca Ltda. pero no afectaba a las aceptaciones referentes a Prounida Ltda. que no tenía ningún impedimento para inscribir su 50%. Por esta razón considera la Sala que no hay lógica en la pretensión de restablecimiento del derecho formulada por Prounida Ltda. cuando es evidente que los actos acusados para nada afectan su situación en la operación que se adelantaba con

base en la oferta de compra autorizada por la Comisión de Valores. Y no se diga que debió tenerse en cuenta la cesión de derechos que Coloca Ltda. hizo en favor de Prounida Ltda., toda vez que este documento no fue conocido por la Comisión de Valores sino tiempo después de haber expirado el plazo de la oferta pública según se infiere del oficio obrante a folios 313 y 314 del cuaderno número 4.

Estima la Sala que no habiéndose dado cumplimiento por Prounida Ltda. en la formulación de su demanda de restablecimiento del derecho, a lo estatuido por el inciso segundo del artículo 69 de la ley 167 de 1941 y siendo claro que los actos acusados no se refieren a ella ni directa ni indirectamente y para nada modifican su situación dentro de la oferta pública de compra a que se refiere la resolución 248 de 1982 de la Comisión Nacional de Valores, carece esta sociedad de interés para accionar y por tanto respecto de ella, el pronunciamiento del fallo habrá de ser inhibitorio".

III-. PRETENSIONES DEL RECURSO

Pretende el recurrente que se ordene la revisión de la sentencia en cuanto se declaró la inhibitoria con relación a las súplicas de "Prounida Ltda." y se denegaron las súplicas de "Coloca Ltda.". Como consecuencia se profiera sentencia de mérito sobre las pretensiones de "Prounida Ltda." declarando la nulidad de los actos acusados y, a título de restablecimiento, se disponga el resarcimiento de todos los daños y perjuicios que tales actos le causaron.

IV-. CAUSALES Y FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Se apoya el impugnante en las causales 2a. y 6a. del artículo 188 del C.C.A. y las hace consistir, por una parte, en que se han recobrado pruebas decisivas después de dictada la sentencia cuya revisión impetra, con las cuales la Sección Cuarta habría podido proferir una decisión diferente a la que emitió, y que "Prounida Ltda." no pudo aportar al proceso por obra de la Comisión Nacional de Valores y, de otra, en que existe nulidad originada en la sentencia de cuya revisión se trata.

Se refiere en primer término a la causal 6a., afirmando que en la sentencia se incurrió en nulidad por no haberse pronunciado la Sala sobre todos y cada uno de los cargos de violación de disposiciones normativas de superior jerarquía imputados en la demanda, habiendo debido hacerlo. Explica que en la demanda se expresó que las normas citadas como violadas no facultan a la Comisión de Valores y menos a su Presidente para adoptar medidas como las que contienen los actos acusados, ni para reformar o adicionar o revocar total o parcialmente resolución anterior ejecutoriada, ni para efectuar la clase de exigencia que le hizo a Coloca Ltda. de probar con año y medio de anterioridad al momento que se podía llegar a obtener, el préstamo en dólares en Panamá, de la sociedad panameña Coloca Internacional, con el cual se pagaría parte

del valor de las acciones negociadas del Banco de Caldas, y mucho menos para hacer exigencia de que se probara haberse obtenido la autorización de las autoridades cambiarias para tal futura operación de importación de los dólares, apenas con un día de anticipación a la entrega del oficio a su destinataria Coloca Ltda. y que sin embargo la sentencia omitió toda consideración o reflexión al respecto. Que en otros términos, la sentencia desconoció el principio de la congruencia consagrado en los artículos 305 del C. de P. C. y 170 del C.C.A. y vulneró el artículo 26 de la C.N.

Expresa que la sentencia olvidó que en la acción de nulidad con restablecimiento del derecho cada cargo formulado es independiente de los demás y constituye, por consiguiente, una causa pretendi autónoma, que como tal debe ser objeto de pronunciamiento expreso por parte del juzgador y cita jurisprudencia que, en su sentir, aun cuando no se refiere concretamente a este punto, respalda la tesis de que si no se estudia la violación de las normas citadas en un cargo formulado, se incurre en el vicio denominado *"citra petita"*.

Concluye que si la sentencia no encontró prósperos los cargos de violación de las normas constitucionales ni de las normas del decreto 2733 de 1959 señaladas como violadas, debió ocuparse del cargo de violación de las resoluciones 02 de 1981 y 032 de 1982 igualmente señaladas como violadas, y que como no lo hizo, se da la causal 6a. del artículo 188 del C.C.A.

En relación con la causal 2a., dice el impugnante que cuando en el trámite de la reconstrucción del proceso, luego de los acontecimientos luctuosos del 6 y 7 de noviembre de 1985, se dispuso tener como prueba los antecedentes administrativos enviados por la Comisión de Valores, la Comisión se opuso vehementemente a que fuese tenido como prueba el contrato de promesa suscrito entre las sociedades Prounida Ltda. y Coloca Ltda. de una parte, como prometientes compradores, y de otra, como prometientes vendedores, el grupo de accionistas en ese entonces del Banco de Caldas constituido por el Grupo Central S.A., Compañía de Seguros Atlas de Vida S.A., Compañía de Seguros Atlas S.A., Productora de Gelatina S.A., Unión de Inversiones S.A., Construcciones Protexa S.A., Hernando de la Roche, Jaime Echeverry Elejalde y Miguel Vélez Jaramillo, arguyendo que ese contrato, instrumentado en documento privado de fecha 4 de junio de 1982, nunca había sido conocido por la Comisión ni formaba parte, por consiguiente, de los antecedentes administrativos en poder de esa entidad y que como resultado de ello el aludido contrato no formó parte del proceso decidido mediante la sentencia recurrida.

Pero acontece, continúa diciendo, que en diligencia de inspección judicial llevada a efecto en la Comisión de Valores por el Juez 93 de Instrucción Criminal Ambulante de Bogotá, se encontró entre otros documentos, el referido contrato, lo que evidenció que éste sí formaba parte de los antecedentes administrativos de los actos impugnados.

Afirma el recurrente que esta prueba era decisiva y que de haber obrado en el proceso, seguramente no se habría llegado a la decisión inhibitoria sobre las pretensiones de Prounida y desestimatoria de las súplicas de Coloca, sino justamente a decisión contraria, porque ese contrato unido al contrato de promesa suscrito con otro grupo de accionistas del Banco y al contrato de cesión celebrado entre Coloca y Prounida, prueba que la titularidad del derecho desconocido por las decisiones de la Comisión Nacional de Valores, radicaba en cabeza de Prounida y no en cabeza de Coloca. Que la imposibilidad en que estuvo la Sección de analizar esta prueba "fue obra de la parte contraria, fue algo orquestado y ejecutado por la Comisión Nacional de Valores, acudiendo a artificios, a deslealtad procesal y muy posiblemente a conductas constitutivas de gravísimo reato penal...".

ARGUMENTOS DE LA PARTE OPOSITORA

La Superintendencia de Valores se opone a la prosperidad de la revisión impetrada, con los siguientes argumentos:

Respecto de la causal 6a., dice que no existe el defecto de la sentencia que invoca el recurrente y que de existir no alcanzaría a constituir esta causal de revisión. Que sólo hay incongruencia en la sentencia cuando se deja de decidir, en todo o en parte, acerca de las pretensiones o de las excepciones y que en el caso *sub-judice* no sólo la sentencia resolvió todas las pretensiones, sino que si no lo hubiera hecho, los demandantes tenían a mano el recurso de solicitar sentencia complementaria en los términos del artículo 311 del C. de P.C.

Agrega que la sentencia estudió cada uno de los aspectos del cargo que el impugnante dice no fue examinado: que el único reparo que podría hacerse consiste en que en la sentencia no hay una frase que diga que si bien las resoluciones invocadas como violadas no otorgan expresamente la facultad de expedir los actos acusados, la Comisión de Valores sí tiene dichas atribuciones en virtud de las facultades de policía económica de las que está investida. Que de igual forma, si el Consejo consideró que los actos acusados no revocaban ni reformaban la autorización de oferta pública, es evidente que no podía entrar a analizar si las resoluciones le daban facultad para revocar la autorización. Y que en cuanto a la exigencia de la autorización de las autoridades cambiarias, debe precisarse que lo que exigió la Comisión fue que se explicara cómo se desarrollaría la operación y que se acreditara que las autoridades cambiarias la consideraban viable.

Finalmente expresa que la nulidad constitucional tiene ocurrencia cuando se expide una sentencia sin motivación alguna y que ya la jurisprudencia ha señalado que no todo defecto de la sentencia puede dar lugar a esta causal de revisión.

En relación con la causal 2a., argumenta que la prueba a que hace referencia el censor no formó parte del proceso porque el demandante no la aportó en su momento,

es decir, como anexo a la demanda, ni fue pedida oportunamente; que la Comisión no realizó ninguna maniobra para impedir que la prueba se aportara, porque tal documento no reposaba en los archivos de la Comisión al iniciarse el proceso, tal como lo certificó el secretario general de la Comisión, ni había razón para sostener que debía formar parte de los mismos: que la Comisión sí tenía copia de los contratos celebrados por los demandantes con el grupo cafetero y el de cesión entre Prounida Ltda. y Coloca Ltda., pero no porque hubieran sido aportados por los accionantes, sino porque fueron remitidos, después de la autorización, por las sociedades que figuraban como vendedores en los mismos; y que el hecho de que en la inspección judicial se hubiere encontrado una copia informal del contrato en el expediente que la Comisión tenía sobre el proceso en el Consejo de Estado, no prueba que éste hubiera hecho parte de los antecedentes administrativos.

Manifiesta que si la Comisión de Valores se opuso a que en la reconstrucción se tuviera como prueba el contrato, fue simplemente porque dicho contrato no había obrado como tal en el proceso inicial, de manera que si el documento en mención no fue tenido como prueba, fue porque los demandantes no lo aportaron oportunamente, pudiendo y debiendo haberlo hecho, situación diferente al supuesto contemplado en el numeral 2o. del artículo 188 del C.C.A.

Finalmente expresa que el documento presuntamente recuperado carece de valor probatorio, pues lo que obraba en la Comisión es una fotocopia simple, sin autenticar, pero que aun si tuviera valor probatorio, tampoco hubiera afectado la decisión contenida en la sentencia acusada.

En resumen, dice, la prueba aducida no se encontraba perdida sino en poder de la parte demandante, como quiera que era una de las partes del contrato: no obró en el proceso por culpa suya, y la copia que se halló en la inspección judicial pertenecía a un folder abierto con ocasión del proceso contencioso y sólo es una copia simple sin valor probatorio alguno.

CONSIDERACIONES

1.– Como quiera que la sentencia cuya revisión se impetra, se abstuvo de fallar en el fondo las pretensiones del recurrente, por no tener éste interés jurídico en la contienda, la Sala habrá de precisar su criterio respecto a que contra sentencias que no hacen tránsito a cosa juzgada material, también procede el recurso extraordinario de revisión.

El art. 185 del C.C.A., dispone que hay lugar a este medio de impugnación extraordinario contra sentencias ejecutoriadas, es decir, cuando ya no son susceptibles de recurso ordinario alguno, sin distinguir entre las que hacen tránsito a cosa juzgada material, de las que no lo hacen. De manera que la única condición que impone la ley

es que la sentencia se halle ejecutoriada, y como las sentencias inhibitorias cuando no son susceptibles de recursos, adquieren ejecutoria, de conformidad con la norma citada pueden ser impugnadas a través del recurso extraordinario de revisión.

Procederá entonces la Sala a resolver la impugnación, acometiendo en primer término el estudio de la causal de revisión 2a. que es la que tiende a quebrar la inhibición, toda vez que de no prosperar ésta el impugnante en revisión carecería de legitimación para obtener fallo favorable, que es lo que pretende con este recurso extraordinario.

2.– El impugnante hace consistir esta causal en el hecho de haber recobrado, después de dictada la sentencia, una prueba decisiva con la cual la Sección Cuarta hubiera proferido un fallo diferente y relata cómo en el trámite de reconstrucción del proceso, luego de su destrucción por los hechos acaecidos en el Palacio de Justicia en el mes de noviembre de 1985, la Comisión de Valores se opuso a que fuera tenido como prueba un contrato celebrado entre los demandantes por una parte, y "Grupo Central S.A." y otros accionistas en ese entonces del Banco de Caldas, por la otra, argumentando que ese documento no había formado parte de los antecedentes administrativos, pero que en diligencia de inspección judicial llevada a efecto por el Juez 93 de Instrucción Criminal Ambulante de Bogotá en la Comisión de Valores, se encontró el referido contrato, lo cual evidencia que sí hacía parte de los antecedentes administrativos.

Agrega que como consecuencia de esa oposición que califica de desleal y posiblemente constitutiva de reato penal, la prueba no formó parte del proceso decidido mediante la sentencia recurrida.

3.– En primer término reitera la Sala, que por tratarse de un correctivo de carácter excepcional que quiebra la inmutabilidad de una sentencia, las causales taxativas de revisión señaladas por la ley deben interpretarse en forma restrictiva, sin que le sea posible al juzgador ampliarlas por vía de interpretación o de aplicación analógica.

La causal segunda invocada por el recurrente se refiere a las pruebas **recobradas** después de dictada la sentencia; **decisivas** en la solución de la contienda, en cuanto a que de haber obrado en el proceso, se hubiera podido proferir fallo diferente; y que **no pudieron** ser aportadas por el recurrente por **fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria.**

Al referirse la norma a prueba recobrada, significa que debe ser un elemento probatorio que ya existía al tiempo de dictarse la sentencia, pero que llegó a poder del impugnante con posterioridad. No están incluidas en esta causal pruebas que obrando en poder del impugnante hubieran debido y podido aportarse oportunamente, pues no se trata de remediar una inactividad o negligencia en el diligenciamiento de la prueba, sino de corregir la causa insuperable en que estuvo el recurrente de hacer valer la prueba dentro del proceso.

4.– En el caso *sub-judice*, se pretende presentar una prueba que en la oportunidad probatoria se encontraba en poder del recurrente, como puede colegirse del hecho de que el contrato fue celebrado por éste y firmado "en cuatro (4) ejemplares del mismo tenor, dos (2) para cada una de las partes contratantes", según reza el propio documento. En ningún momento ha manifestado el censor que por fuerza mayor o caso fortuito hubiere salido de su poder o se hubiere destruido el documento, y es más, es el propio impugnante quien al momento de la reconstrucción del proceso, presenta una copia del contrato, afirmando: "acompaño como anexos a esta demanda, xerocopias, algunas originales que he encontrado en mis fólderes, de documentos relacionados con las operaciones...".

Presentar como causa insuperable el hecho de que la Comisión de Valores no hubiere aportado la xerocopia auténtica que dice el recurrente obraba en su poder (fls. 135 y 213 v), es por tanto inaceptable. Aun cuando se estableciera que este documento obraba dentro de los antecedentes administrativos, el ejemplar original se encontraba en manos del demandante y debió y pudo aportarse por él en forma oportuna.

Pero además, según afirmación de la Comisión, dentro de los antecedentes administrativos no existía el documento y esta aseveración no fue desvirtuada dentro del proceso como podía haberlo sido aportando la relación de documentos que dice el impugnante fueron presentados a la Comisión; por el contrario, a fl 56 del cuaderno No. 5, obra la relación de documentos presentados con la solicitud de autorización para la oferta pública y en ésta no figura el referido contrato.

La copia informal que se halló dentro de los archivos de la Comisión de Valores en diligencia practicada con posterioridad a la sentencia, no prueba que el contrato hubiera hecho parte de los antecedentes administrativos, pues tal como quedó consignado en el acta respectiva, el documento obraba "dentro de la carpeta correspondiente al proceso del Consejo de Estado, Prounida y Coloca Ltda., expediente 4241" y sólo es una copia simple sin valor probatorio, no la xerocopia auténtica que dice el recurrente fue presentada con la solicitud de autorización.

No puede considerarse entonces, que el documento sea una "prueba recobrada" en el sentido que la jurisprudencia le ha dado, de prueba que no se tuvo y se recuperó con posterioridad al fallo.

5.– Por otra parte, tampoco considera la Sala que esta prueba fuera decisiva para que se hubiera proferido un fallo diferente.

En primer lugar, porque nada nuevo agregaba a lo ya conocido por el Consejo a través del documento similar suscrito entre Prounida y Coloca y otro grupo de accionistas del Banco de Caldas que obraba en el expediente y en el que, al igual que en el referido contrato, los demandantes se obligan privadamente a formular oferta

pública de compra de un paquete de acciones en unas determinadas condiciones y los accionistas contratantes a aceptar tal oferta, declarando solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones, tanto entre compradores entre sí como entre vendedores, y a través del contrato de cesión que Coloca hizo a Prounida de los derechos y obligaciones contenidos en los contratos de promesa, documento que obra también en el expediente, y fue mencionado en la sentencia.

En segundo término, no es decisiva, porque no es cierto que el contrato que ahora se aduce, unido a los dos que sí obraron en el proceso, prueben, como lo afirma el recurrente, que "la titularidad del derecho que las decisiones de la Comisión de Valores desconocieron radicaba en cabeza de Prounida y no en cabeza de Coloca".

Recuérdese que es diferente ser titular del derecho que se dice violado por el acto acusado, que tener interés en el resultado del litigio y que la decisión de la Sección que se impugna fue inhibitoria no por falta de interés del demandante en el resultado del ligitio, sino por no ser éste el titular del derecho que se denunciaba como vulnerado.

Prounida y Coloca solicitaron a la Comisión de Valores autorización para hacer oferta pública de compra de valores, para lo cual cada una de las sociedades debía cumplir ciertas condiciones: obtenida la autorización, la Comisión de Valores estimó necesario exigir a Coloca Ltda. la comprobación de la disponibilidad de los recursos que según declaración jurada utilizaría en la operación y como no cumpliera tal exigencia, impidió la inscripción del traspado de las acciones adquiridas por esta sociedad, no las adquiridas por Prounida Ltda., para cuya inscripción no hubo objeción alguna. Esta actuación que fue la acusada ante la jurisdicción, afectó la situación jurídica que con la autorización había obtenido Coloca Ltda., no la de la otra compradora, que bien había podido culminar la operación respecto a la mitad de acciones que le correspondían.

El hecho de que privadamente Prounida y Coloca, antes de la oferta pública, hubieran celebrado contratos de promesa con accionistas del Banco y que Coloca, sin enterar a la Comisión de Valores, hubiera cedido a Prounida sus derechos en ellos, lo que prueba es el interés que esta última tenía en la totalidad de la operación bursátil, pero no cambia su situación frente a los actos administrativos acusados.

Repetidamente ha dicho la jurisprudencia que sólo puede incoar la acción contencioso subjetiva, quien está legitimado por ser el titular del derecho subjetivo protegido por el ordenamiento jurídico que se considera infringido y que es desconocido por el acto acusado y los actos acusados en el proceso, lo que vulneraron fue la intangibilidad de la autorización conferida a Coloca Ltda. amparada según la demanda, por las normas que citó como violadas, derecho ajeno a Prounida Ltda.

De manera que, repite la Sala, lo que prueba el documento que se dice recobrado, es el interés que Prounida tenía en el negocio de adquisición de acciones, que por lo

demás ya estaba demostrado en el expediente mediante el contrato suscrito en similares términos con otro grupo de accionistas del Banco de Caldas, y con el contrato de cesión a que ya se ha hecho referencia. Pero este interés no es el que exige el artículo 85 del C.C.A. para ejercitar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ni el que exigía el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, vigente a la presentación de la demanda, para el ejercicio de la acción de plena jurisdicción.

La relación sustancial existente entre Coloca como titular del derecho amparado por el ordenamiento jurídico que se adujo como vulnerado, y Prounida Ltda. habilitaba a ésta para apoyar las pretensiones de aquélla a través de la intervención adhesiva contemplada en el artículo 52 del C. de P.C. en los siguientes términos: "Quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial, a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse desfavorablemente si dicha parte es vencida, podrá intervenir como coadyuvante de ella...". Pero no lo habilitaba para presentarse al proceso a formular pretensiones propias que debieran ser decididas por separado en la sentencia, pues ello sólo está reservado, como es sabido, a las partes principales del litigio.

En este orden de ideas, la Sala debe concluir que no se da en el caso *sub-judice* la causal 2a. alegada por el recurrente para quebrar la sentencia inhibitoria proferida respecto a sus pretensiones y en consecuencia, no hay lugar a analizar el cargo segundo formulado contra la sentencia de mérito que decidió las pretensiones de Coloca Ltda., pues la falta de legitimación en la causa del recurrente impediría que de prosperar el cargo, se dictara una decisión de fondo a su favor.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por no encontrar fundada la causal invocada por el recurrente, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

NO PROSPERA el Recurso Extraordinario de Revisión, interpuesto contra la sentencia de 25 de septiembre de 1989, de la Sección Cuarta de esta Corporación.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente a la Sección de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión del cinco (5) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente (ausente), *Ernesto Rafael Ariza* (ausente), *Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Miren De La Lombana de Magyaroff* (ausente), *Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Delio Gómez Leyva* (ausente), *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna* (ausente), *Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Miguel Viana Patiño* (ausente), *Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

ACCION DE REPETICION–Trámite/**ACCION DE REPARACION DIRECTA/JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/ COMPETENCIA TERRITORIAL**

La acción de repetición derivada del art. 90 de la actual Carta Política, en concordancia con las disposiciones legales mencionadas, cuya vigencia anterior en nada obstaculiza el desarrollo y aplicación del precepto constitucional citado, debe ejercitarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El conocimiento de la acción de repetición aquí ejercitado es de competencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca si se toma en cuenta que lo pretendido en últimas es el reembolso de lo pagado como consecuencia de un reconocimiento indemnizatorio previamente decretado por la jurisdicción y que como tal la reclamación debe ceñirse al procedimiento señalado para el ejercicio de la acción de reparación directa, de la cual, en la práctica, la repetición viene a ser una secuela o prolongación. Esa acción indemnizatoria denominada en el actual Código Contencioso Administrativo de reparación directa, se caracteriza precisamente porque se ejercita directamente, sin acudir a etapas previas de agotamiento de la vía gubernativa, ni similares, para en esa forma, demandar como se hace en el *sub-júdice,* en forma directa el pago indemnizatorio que el Estado realizó y por el que ahora debe responder el funcionario o ex funcionario en este proceso, según claras voces del artículo 86 del C.C.A., sin que esta apreciación varíe por la circunstancia de que la administración actúe como demandante. Por la naturaleza de la acción incoada y por el factor territorial, de la presente demanda debe conocer en única o primera instancia la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Corporación a la que corresponde determinar sobre la admisibilidad de la misma.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. AR-001. Actor: Procuraduría General de la Nación. Demandado: Gonzalo Díaz Pulido.

El señor Procurador General de la Nación, por conducto de apoderada y en ejercicio de la acción de repetición prevista en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política vigente, con fecha 25 de marzo de 1994 presentó demanda ante la Secretaría General del Consejo de Estado, contra el señor Gonzalo Díaz Pulido, "con el objeto de repetir en su contra en razón de la condena que el Honorable Consejo de Estado, en su Sección Tercera, impuso a la Nación Colombiana mediante sentencia del 26 de febrero de 1993, que ya hizo tránsito a cosa juzgada".

Previamente, a decidir sobre la admisibilidad de la demanda, se hace necesario establecer si es ésta la jurisdicción encargada de conocer de la acción ejercitada y si además es el Consejo de Estado el competente para tramitarla.

Respecto del primer punto, es decir, el de si esta jurisdicción debe conocer de la presente demanda, se considera que ninguna duda surge sobre el particular, atendiendo a lo previsto en el numeral 1., del artículo 237 de la Carta Política, según el cual es atribución del Consejo de Estado "Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley", complementado con el artículo 82 del C.C.A., reformado por el artículo 12 del Decreto 2304 de 1989, norma que consagra que ésta jurisdicción "está 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". A continuación, el artículo 83 *ibídem,* reformado por el artículo 13 del Decreto 2304 de 1989 dispone que la Jurisdicción de la 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".

De otra parte, se reafirma que la jurisdicción contencioso administrativa debe conocer de la presente acción, si se toma en cuenta lo previsto por el artículo 78 del Código Contencioso Administrativo, al señalar que los perjudicados podrán demandar ante esta jurisdicción, "según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o ambos", y que, precisamente, para el caso de que prospere la demanda contra la entidad o contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa comprometió no solo

su responsabilidad, sino la del ente público al cual estaba adscrito y se considere que tal servidor debe responder, "la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere".

En las condiciones anteriormente relacionadas se concluye que la acción de repetición derivada del artículo 90 de la actual Carta Política, en concordancia con las disposiciones legales mencionadas, cuya vigencia anterior en nada obstaculiza el desarrollo y aplicación del precepto constitucional citado, debe ejercitarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Punto diferente es el relacionado con la competencia para conocer de la demanda, la cual en criterio de esta Sala Unitaria, le corresponde en el presente caso al Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En efecto:

Se afirma en la demanda que es de competencia de la Sala Plena del Consejo de Estado el conocimiento de este proceso, en razón a lo previsto en el numeral 16 del artículo 128 del C.C.A., al disponer que la Corporación conoce "De todos los demás (procesos), de carácter administrativo, para los cuales no exista regla de competencia", en concordancia con el numeral 2 del artículo 97 del mismo ordenamiento, según el cual corresponde a la Sala Plena "Conocer de todos los procesos de competencia del Consejo de Estado que no estén asignados a las secciones". Descarta así mismo el actor que los Tribunales Administrativos sean competentes para conocer este tipo de acciones, en razón a que no se consagra tal competencia ni en el artículo 2o. del Decreto 597 de 1988 (artículos 131 y 132 del C.C.A.), ni en las normas del decreto 2288 de 1989.

Contrariamente a lo expresado por el actor, se considera que el conocimiento de la acción de repetición aquí ejercitada es de competencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca si se toma en cuenta que lo pretendido en últimas es el reembolso de lo pagado como consecuencia de un reconocimiento indemnizatorio previamente decretado por la jurisdicción y que como tal la reclamación debe ceñirse al procedimiento señalado para el ejercicio de la acción de reparación directa, de la cual, en la práctica, la repetición viene a ser una secuela o prolongación. Esa acción indemnizatoria denominada en el actual Código Contencioso Administrativo de reparación directa, se caracteriza precisamente porque se ejercita directamente, sin acudir a etapas previas de agotamiento de vía gubernativa, ni similares, para en esa forma, demandar como se hace en el *sub-judice*, en forma directa el pago indemnizatorio que el Estado realizó y por el que ahora debe responder el funcionario o ex funcionario en este proceso, según claras voces del artículo 86 del C.C.A., sin que esta apreciación varíe por la circunstancia de que la administración actúe como demandante.

De otra parte, cabe observar que si en ejercicio de la acción de reparación directa y con fundamento en los artículos 77 y 78 del C.C.A., se demanda a la entidad y al funcionario público que con su actuar doloso o gravemente culposo ocasionó el daño

cuya indemnización se pretende, tal demanda necesariamente deberá dirigirse ante el Tribunal para que éste conozca en única o primera instancia, según la cuantía, del respectivo proceso, similar criterio debe aplicarse frente a la acción de repetición, si se tiene en cuenta además que de todas formas el comportamiento del funcionario constituye simultáneamente un hecho propio y un hecho del ente oficial al que estaba adscrito, y que de esa misma actuación deriva la responsabilidad administrativa y la propia, a examinarse por la vía de la acción de reparación directa. Así las cosas, se concluye que por la naturaleza de la acción incoada y por el factor territorial, de la presente demanda debe conocer en única o primera instancia la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Corporación a la que corresponde determinar sobre la admisibilidad de la misma. Con tal objeto se le remitirá el expediente, de acuerdo con el inciso 4o. del artículo 143 del C.C.A.

Por lo expuesto, la Sala Unitaria

RESUELVE:

ENVIESE el expediente, por ser de su competencia, a la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para lo de su cargo.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y PUBLIQUESE EN LOS ANALES.

Daniel Suárez Hernández.

Nubia González Cerón, Secretaria.

DEMANDA DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA–Requisitos/**CONGRESISTA**–Calidad/**PRUEBA/CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA**

Basta una simple solicitud formulada por la mesa directiva de la Cámara correspondiente a que pertenezca el congresista o por cualquier ciudadano, para poner en movimiento la rama jurisdiccional del poder público por medio de esa acción *sui-generis* de que habla el art. 183 de la Carta y cuyo conocimiento se radica, de manera exclusiva, dentro de las funciones judiciales del Consejo de Estado (arts. 184 y 237, ordinal 5o. de la C. P.), tan solo se exige que se presente la petición y se acompañen las pruebas, así sean sumarias, de los hechos en que se sustente. El juez no puede exigir al peticionario que obedezca al pie de la letra los requisitos formales señalados en el artículo 137 del C.C.A., norma que no es aplicable a esta acción especial creada por la nueva Constitución de 1991 con miras muy específicas y radicada, entre otros sujetos, en cabeza de cualquier ciudadano, no necesariamente doctor en cuestiones judiciales. En este tipo de acción no se impetra nulidad de un acto administrativo o electoral. Por tanto, no es indispensable acompañar prueba acerca de la calidad de congresista del demandado, lo que puede ser allegado en el período probatorio diseñado por el art. 209 del C.C.A. subrogado por el art. 48 del Decreto Ley 2304 de 1989.

CONGRESISTA–Incompatibilidades/**PERDIDA DE LA INVESTIDURA/EMPLEO PRIVADO**–Inexistencia/**ENTIDAD PRIVADA/JUNTA DIRECTIVA**–Miembro

Lo que prohíbe el numeral 1o. de la Constitución es el desempeño, la dinámica que comporta el ejercicio de un cargo o empleo: es la gestión,

el desarrollo de unas funciones que estorben el cumplimiento de las tareas legislativas y de las demás atribuciones que corresponden a un ciudadano elegido para integrar el Congreso de la República, o que se utilice para ejercer tráfico de influencias. Cree la Sala, pues, que ha de examinarse, en cada caso concreto cuál es el nexo y la representatividad que tiene consigo el hecho de ser miembro de una junta directiva, de una empresa privada, para determinar si es o no es cargo o empleo.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Radicado No. AC-1215..Asuntos Constitucionales (Solicitud de pérdida de la investidura de congresista del representante a la Cámara Ricardo Rosales Zambrano). Actor: Iván Vergara Gómez.

Mediante solicitud calendada a 13 de septiembre de 1993, el ciudadano Iván Vergara Gómez ha impetrado que se decrete la pérdida de investidura de congresista que ostenta el representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Atlántico, doctor Ricardo Rosales Zambrano, por violar, según estima, el régimen de incompatibilidades de que habla el numeral 1 del artículo 180 de la Constitución Política, por cuanto "el mencionado congresista desde antes de su elección y hasta la fecha, ha desempeñado el cargo de Presidente del Consejo de Administración de la Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Ltda. –"CILEDCO"–; de acuerdo al artículo 180, numeral 1 de la Carta, los congresistas son de dedicación exclusiva y se les prohíbe toda participación en el ejercicio de otras funciones públicas o privadas".

I–. DEL TRAMITE

Por auto de 17 de septiembre, el magistrado conductor del asunto dispuso la presentación personal de la solicitud, para lo cual le concedió un término de cinco (5) días, exigencia que se cumplió oportunamente (fls. 11 y 24).

Mediante proveído de 30 de los mismos mes y año, se admitió la demanda y se dispuso darle el trámite señalado en el art. 206 del C.C.A., subrogado por el art.45 del Decreto-ley 2304 de 1989 (fls. 17 y 18), en acatamiento de lo que reza la regla arriba citada en su parte final.

Cumplido lo anterior, mediante apoderado, el representante Ricardo Rosales Zambrano contestó la demanda, oponiéndose, en los términos que se dirán más

adelante, a las pretensiones del libelista Vergara Gómez. Se allegó en el período probatorio la prueba documental requerida obedeciendo el auto de 27 de octubre del referido año de 1993, decretándose también unas pruebas de oficio (fols. 62 a 65); contra esta providencia fue interpuesto el recurso ordinario de súplica por la parte demandada, el que se resolvió por auto de esta Sala Plena, con exclusión del magistrado sustanciador, de fecha 29 de noviembre (fols. 78 a 83), no infirmándolo. Vuelto el expediente al despacho del magistrado sustanciador, se corrió traslado a las partes y al ministerio público y por el término común de diez (10) días para que si a bien lo tuvieran alegaran de conclusión: así lo hicieron el señor Procurador Décimo Delegado ante el Consejo de Estado (fols. 108 a 111) y el señor apoderado del demandado (fols. 112 a 125).

Habiendo sido negado el proyecto de fallo presentado por el ponente, ha pasado el negocio al magistrado que sigue en turno, que recoge aquí el pensamiento de la mayoría.

II-. DE LA OPOSICION

Propone cuatro excepciones, a saber:

"a) **La genérica,** que es de fondo y perentoria, consistente en que no existe inhabilidad o incompatilidad que atribuye la demanda.

"b) **La de inepta demanda,** por cuanto por todo lo expresado, la demanda no reúne los requisitos formales exigidos por la ley (numeral 7, art. 97 C.P.C.).

"c) **Falta de jurisdicción,** o de competencia (núms. 1 y 2 del art. 97 C.P.C.), por cuanto habiéndose probado por el actor que el demandado es congresista, no es procedente la acción de Pérdida de Investidura de quien no es parlamentario, y por tanto esa H. autoridad judicial carece de jurisdicción y competencia para desatar este proceso judicial.

"d) **Inexistencia de la incompatibilidad,** atribuida al demandado, porque éste como miembro o Presidente del Consejo de Administración CILEDCO, no se encontraba desempeñando cargo o empleo privado y porque el numeral 12 del artículo 283 de la Ley 5a. de 1992 resulta pertinente".

Además, expuso lo siguiente:

I) La denominada "petición" que con apoyo en el artículo 23 de la Constitución política hace el actor, no constituye formalmente una demanda, porque no reúne ninguno de los requisitos del art. 75 del C.P.C., ni los del artículo 137 del C.C.A., como son los hechos u omisiones, las pruebas, etc.

La calidad de congresista que se le atribuye a ROSALES ZAMBRANO no fue acreditada con el escrito de demanda, ni en ella se pidió prueba alguna para demostrarla, carga de la prueba que corre a cargo del demandante de acuerdo al artículo 177 del C. de P. C. Además, el artículo 139 del C.C.A., subrogado por el artículo 25 del D. 2304 de 1989, exige que dicha prueba sea anexada a la demanda.

Como dicha calidad no fue acreditada en el proceso en el momento en que se admitió la demanda, ya que no puede el actor solicitarla, ni el sustanciador decretarla de oficio, porque esa clase de "ayudas" no se la debe dar la justicia a ninguna de las partes, pues ello es contrario no sólo al "debido proceso" sino también al principio de igualdad de las partes y de todas las personas ante las autoridades.

II) El artículo 183 de la Constitución política estableció la acción de pérdida de la investidura, para los congresistas por las causales allí señaladas y el artículo 184 *ibídem* exige una solicitud para su trámite, término que no puede entenderse como una petición que no tiene por qué reunir las exigencias de los artículos 75 y 131 del C.C.A. para toda la demanda. A pesar de que los artículos 299, 301 y 304 de la ley 05 de 1992 sobre reglamento del Congreso se refiere a solicitud o "solicitar", no quiere decir que este tipo de acción constitucional no requiera de "demanda" para iniciarse, pues solicitar o solicitud es una locución gramatical genérica de demandar o demanda, lo que es específicamente jurídico-procesal y en el fondo dicen lo mismo.

Como las "solicitudes" son las peticiones que el actor le formula al juez, las que van contenidas en la demanda o en el escrito presentado a dicho funcionario para la iniciación del proceso, puede afirmarse que no puede haber solicitud sin demanda que las contenga y que sin ésta no pueda iniciarse ningún proceso judicial.

Como el escrito presentado por el actor no reúne los requisitos señalados en el artículo 137 del C.C.A. para toda demanda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo, no debió ser admitido.

III) Además de no haberse acreditado la calidad de congresista de Rosales Zambrano, debe tenerse en cuenta que ser socio de una cooperativa o ser miembro o presidente del Consejo de Administración de la misma, sin llevar su representación legal, no constituye el desempeño de un cargo o empleo privado, porque las cooperativas son sociedades *sui-generis,* con personería jurídica, pero sin ánimo de lucro, pues su propósito es aunar esfuerzos de los individuos de una comunidad para servirle a ésta en las mejores condiciones.

El "Cooperativismo" aparece en Colombia bien organizado desde la expedición del Decreto 1598 de 1963, siendo actualizada dicha legislación con la expedición de la ley 79 de 1988 que comenzó por declarar de interés común la promoción, la protección y

el ejercicio del cooperativismo, como un sistema eficaz para contribuir al desarrollo económico.

El artículo 3 de la ley 79 de 1988 expresa que "es acuerdo cooperativo el contrato que se celebra por un número determinado de personas, con el objeto de crear y organizar una persona jurídica de derecho privado denominada cooperativa, cuyas actividades deben cumplirse con fines de interés social y sin ánimo de lucro".

De acuerdo con esta ley 79 de 1988, la administración de las cooperativas estará a cargo de los órganos ASAMBLEA GENERAL que es su máxima autoridad; el CONSEJO DE ADMINISTRACION y el GERENTE que es su representante legal (art. 26). El Consejo de Administración solamente ejerce las funciones que le delega la Asamblea General expresamente.

El doctor RICARDO EDMUNDO ROSALES ZAMBRANO es un ganadero productor minorista de leche, socio de la denominada "Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Ltda. (Ciledco)", que es una sociedad cooperativa sin ánimo de lucro. En varias ocasiones ha sido exaltado a ser miembro del Consejo de Administración de CILEDCO en Barranquilla, pero éste no constituye un empleo público porque esa cooperativa es privada y no oficial. Tampoco constituye un cargo o empleo privado, porque sus miembros no tienen funciones atribuidas individualmente, sino colectivamente como Consejo de Administración, y una cosa son las funciones del órgano o cuerpo denominado Consejo, y otras son las de sus miembros individualmente como personas naturales, que, como tales, carecen totalmente de competencias.

Además, los miembros y hasta el Presidente del citado Consejo de Administración no tienen horario de trabajo ni están sometidos bajo la continuada dependencia de un superior jerárquico, ni hay quienes vigilen su trabajo o les den órdenes para el servicio que presten como cuerpo colectivo; tampoco perciben o devengan sueldos o salarios en dinero o en especie, ni tienen derecho a gastos de representación, ni a honorarios ni viáticos, por lo cual no pueden considerarse servicios laborales los que presta. En consecuencia, ser miembro e incluso presidente de un consejo de administración de una cooperativa, de derecho privado, no implica el desempeño de un cargo o empleo privado.

III–. DE LA VISTA DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Décima Delegada ante esta corporación presentó su alegato de conclusión No. 019 en el que manifiesta que con base en los elementos de prueba aportados al expediente y debidamente analizados, se evidencia que el doctor Ricardo Rosales Zambrano desempeñaba simultáneamente las funciones de congresista con las de presidente del Consejo de Administración de la Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Ltda. "CILEDCO", empresa de carácter privado, a pesar de que a folio

35 del expediente obra una certificación suscrita por el Gerente de la misma, en la que afirma que el doctor Rosales no es empleado o funcionario de ella, es claro que al presidir una cooperativa de tal naturaleza está distrayendo el tiempo que debería dedicarle a sus funciones legislativas propias de su investidura, así reciba o no remuneración de la empresa privada, lo cual al tenor de lo dispuesto en los arts. 180 numeral 1 y 181 de la C.N. y 296 num. 2 de la ley 5 de 1992, incurrió en la incompatibilidad contemplada en el art. 180 num. 1 mencionado y por ello debe declararse la pérdida de su investidura (fols. 108 a 111).

IV-. DEL ALEGATO DE CONCLUSION DEL DEMANDADO

El apoderado del demandado presentó su alegato de conclusión en el que, en general, reitera lo manifestado al oponerse a las pretensiones de la demanda.

Agrega que el artículo 53, parágrafo 2, de los estatutos de CILEDCO, dice que "ningún consejero podrá ser nombrado para cargo alguno dentro de la Cooperativa".

Y resalta que el acto legislativo No. 03 de 1993 "por el cual se adicionan los artículos 134 y 261 de la Constitución Política de Colombia", en el parágrafo 2o., de su artículo 2o., se subrogó el numeral 3 del artículo 180 de ésta, habiendo quedado así:

"Artículo 180.

Los congresistas no podrán:

(.....)

3.- Ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades **oficiales** descentralizadas de cualquier nivel de instituciones que administren tributos" (se subraya).

Esto significa que la Carta no prohíbe ser miembro de juntas o consejos directivos de entidades particulares como lo es CILEDCO de Barranquilla y por esto no se da la incompatibilidad que se endilga el actor (fls. 112 a 125).

Así las cosas y no observando la Sala defecto alguno en el trámite que incida en lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1.- DE LAS EXCEPCIONES

Es del caso entrar a analizar y a resolver, en primer lugar, lo relativo a las excepciones propuestas por la parte demandada.

1.1.– Las señaladas por el demandado en los literales a) y d) de su escrito de oposición, son todas de carácter sustancial.

1.2.– "La de inepta demanda por no reunir los requisitos formales exigidos por la ley" debe estudiarse teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 184 de la Constitución Política y 301 de la ley 5a. de 1992, según los cuales basta una simple solicitud formulada por la mesa directiva de la Cámara correspondiente a que pertenezca el congresista o **por cualquier ciudadano,** para poner en movimiento la rama jurisdiccional del poder público por medio de esa acción *sui-generis* de que habla el art. 183 de la Carta y cuyo conocimiento se radica, de manera exclusiva, dentro de las funciones judiciales del Consejo de Estado (arts. 184 y 237, ord. 5 C.N.). Tan sólo se exige que se presente la petición y se acompañen las pruebas, así sean sumarias, de los hechos en que se sustente.

La solicitud formulada por el ciudadano Iván Vergara Gómez contiene en forma clara y precisa –aunque no decididamente jurídica– la petición de pérdida de investidura de congresista que reposa en RICARDO ROSALES ZAMBRANO como representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Departamento del Atlántico, porque, según el actor, viola o quebranta el régimen de incompatibilidades consagrado en el numeral 1 del artículo 280 de la Constitución, en los términos previstos en el art. 184 *ibídem,* e indica como fundamento el hecho de que el mencionado señor, desde antes de su elección y hasta la fecha, ha desempeñado el cargo de Presidente del Consejo de Administración de la Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Ltda. "CILEDCO", acompañando la prueba documental que estimó como demostrativa de lo que afirma, por lo cual, cumple con los requisitos mínimos para esa clase de solicitudes.

Como bien lo anota el demandado, procesalmente hablando, "Solicitud" y "Demanda" no son exactamente lo mismo. La última es el escrito en el cual se incluye la solicitud o petición que el interesado formula al Juez y es por eso que el legislador las distingue en forma precisa indicando cuándo debe usarse de una o de otras al tenor de cierto tipo de proceso. Para iniciar el proceso de pérdida de investidura de congresista sólo se exige **una solicitud,** si bien puede revestir, obviamente, la forma de una demanda en regla, aunque no de manera necesaria.

Por lo tanto, el juez no puede exigir al peticionario que obedezca al pie de la letra los requisitos formales señalados en el art. 137 del C.C.A., norma que no es aplicable a esta acción especial creada por la nueva Constitución de 1991 con miras muy específicas y radicada, entre otros sujetos, en cabeza de **cualquier ciudadano,** no necesariamente docto en cuestiones judiciales.

1.3.– La otra excepción planteada por el apoderado del doctor Rosales Zambrano hace relación a "la falta de jurisdicción o competencia", como se ha visto en uno de los

apartados previos de esta providencia, y la hace consistir en el hecho de que **no está** demostrado por el actor que su mandante es congresista.

Ahora bien: en este tipo de acción no se impetra nulidad de un acto administrativo o electoral. Por tanto, no es indispensable acompañar prueba acerca de la calidad de congresista del demandado, lo que puede ser allegado en el período probatorio diseñado por el art. 209 del C.C.A., subrogado por el art. 48 del decreto-ley 2304 de 1989. No prospera tampoco la excepción.

2.- LA CUESTION DE FONDO

2.1.- Se halla probada la condición de representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Departamento del Atlántico para el período 1991-1994 del doctor RICARDO ROSALES ZAMBRANO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 106.731 de Barranquilla; tomó posesión del cargo el 1 de diciembre de 1991, de acuerdo a la constancia obrante a fol. 96.

2.2.- El solicitante pide se decrete la pérdida de investidura de congresista del doctor Rosales Zambrano por violación del régimen de incompatibilidades, más concretamente en lo que atañe a la causal 1a. del art. 183 de la Carta, es decir, por "desempeñar cargo o empleo público o privado". Y ello lo hace descansar en la circunstancia de que desde antes de su elección como representante a la Cámara y hasta la fecha, desempeña "el cargo de Presidente del Consejo de Administración de la Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Ltda. ("CILEDCO").

2.3.- De las pruebas allegadas se tiene sobre el tópico:

a) Certificación expedida por el Gerente de la mencionada cooperativa, que fue ratificada posteriormente por su autor mediante declaración jurada rendida ante el Tribunal Administrativo del Atlántico (fl. 107).

b) Copias auténticas de las actas Nos. 3442 de diciembre 30 de 1991 y 3461 de julio 27 de 1992 en las que consta la celebración de reuniones del Consejo de Administración de la cooperativa y en ellas aparece presidiéndolas el doctor Ricardo Rosales Zambrano quien las suscribe como tal (fls. 40 a 60).

c) Mediante certificación expedida en octubre 15 de 1993 por el jefe regional del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas "DANCOOP", se indica que mediante la resolución No. 0252 de abril 5 de 1949 se reconoció la personería jurídica a la Cooperativa Industrial Lechera de Colombia "CILEDCO", con domicilio en la ciudad de Barranquilla y que el doctor Ricardo Rosales Zambrano **no ha sido registrado** en esa regional como representante legal de esa Cooperativa **a partir de 1990** (fls. 36 y 39).

d) Con fotocopia autenticada de la resolución de 6 de agosto de 1991 expedida por el Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas se acreditó que fue sancionada una reforma de los estatutos de la Cooperativa CILEDCO, aprobada por la Asamblea General de la misma en sesión de 18 de diciembre de 1990 (fl. 38).

2.4.– No cabe duda entonces de que el doctor Ricardo Rosales Zambrano ha sido simultáneamente representante a la Cámara, o sea congresista, y presidente del consejo de administración de una cooperativa.

Habrá, pues, que determinar si lo último engendra el desempeño o ejercicio de un empleo **privado,** por cuanto es apenas obvio que sólo podría serlo de esta última clase.

De la lectura atenta de los estatutos de la Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Ltda. "CILEDCO", que han sido traídos a los autos debidamente autenticados por la Notaría Segunda de Barranquilla, se deriva:

a) Que la dirección y administración de la Cooperativa está a cargo de la Asamblea General, del Consejo de Administración y del Gerente;

b) Que corresponde a la Asamblea General integrada por los asociados hábiles, elegir los miembros del Consejo de Administración (art. 40 ord. 6);

c) Que el Consejo de Administración está integrado por cinco miembros elegidos para períodos de un año pudiendo ser reelegidos, lo mismo que sus suplentes (art. 42). Sesiona ordinariamente una vez por semana y extraordinariamente cuando las circunstancias lo exijan, mediante citación del presidente, de los miembros de la junta de vigilancia y del gerente (art. 45);

d) Que el presidente del Consejo de Administración es nombrado por el propio Consejo que le fija su período (art. 50, literal a);

e) Que el representante legal de la cooperativa es el gerente, quien también es el órgano ordinario de comunicación con los asociados y extraños. Elegido para períodos de un año, puede ser reelegido (art. 53);

f) Que ningún consejero podrá ser nombrado para cargo alguno de la cooperativa, exceptuándose el de gerente encargado. "El consejero que acepte ser funcionario en propiedad de la Cooperativa, pierde automáticamente su condición de consejero" (parágrafo 2o., art. 53), y

g) Que se asigna funciones al presidente inherentes a dicha dignidad como son las de convocar y presidir las reuniones, firmar las actas y las resoluciones que se adopten.

Lo que prohíbe el numeral 1 del art. 180 de la Constitución es el desempeño, la dinámica que comporta el ejercicio de un cargo o empleo; es la gestión, el desarrollo de unas funciones que estorben el cumplimiento de las tareas legislativas y de las demás atribuciones que corresponden a un ciudadano elegido para integrar el Congreso de la República, o que se utilice para ejercer tráfico de influencias.

Cree la Sala, pues, que ha de examinarse, en cada caso concreto cuál es el nexo y la representatividad que tiene consigo el hecho de ser miembro de una junta directiva, de una empresa privada, para determinar si es o no es cargo o empleo. De allí que no encuentre que se dé la causal de incompatibilidad de que habla el escrito que dio inicio a este proceso. Por ello ha de denegarse su petición.

DECISION:

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:

1o. NO PROSPERAN LAS EXCEPCIONES DE INEPTA DEMANDA Y DE FALTA DE JURISDICCION QUE FORMULO LA PARTE DEMANDADA.

2o. DENIEGASE LA SOLICITUD DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA DEL REPRESENTANTE A LA CAMARA RICARDO ROSALES ZAMBRANO, PRESENTADA POR EL CIUDADANO IVAN VERGARA GOMEZ.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE A QUIEN CORRESPONDA Y UNA VEZ EN FIRME, ARCHIVESE EL EXPEDIENTE. CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión celebrada el día doce (12) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Amado Gutiérrez Velásquez, Miguel González Rodríguez, Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano (ausente), *Miren De La Lombana de M.* (salva el voto), *Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Luis Eduardo Jaramilo M.* (aclaró voto), *Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano* (ausente), *Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Miguel Viana Patiño, Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

CONGRESISTA–Incompatibilidades/**EMPLEO PRIVADO/CONSEJO DIRECTIVO/PRESIDENTE/PERDIDA DE LA INVESTIDURA**–(Aclaración de Voto)

Como el interesado en la pérdida de la investidura del congresista demandado, invocó como causal de ella el "desempeñar cargo o empleo público o privado", por cuanto simultáneamente se desempeñó como Congresista y Presidente del Consejo de Administración de la Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Ltda. "CIDELCO", considero que era necesario, al estar probado en el proceso el desempeño simultáneo de esas dos calidades, examinar si la calidad de Presidente de dicho consejo tiene o no el carácter de "cargo o empleo público o privado", para concluir en la configuración o no de la causal, examen que en forma clara y precisa se efectuó en el proyecto que no me fue aceptado y que no se observa en la decisión adoptada. Después de realizado el estudio antes indicado, para concluir que dicha calidad no conlleva ese carácter de empleo o cargo, tomado este último concepto también como simple dignidad, estimo sí era procedente terminar con el examen de la gestión o funciones desarrolladas como Presidente de dicho consejo, para concluir en si ellas estorban o no el cumplimiento de las tareas legislativas del congresista o si le permitían utilizarlas para ejercer tráfico de influencias.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Aclaración de Voto del Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

Consejero Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. AC-1215. Asuntos Constitucionales. Actor: Iván Vergara Gómez.

Aunque estoy de acuerdo con la parte resolutiva y en general con las consideraciones del fallo aprobado por la mayoría, sin embargo, con el mayor respeto con los que no estuvieron de acuerdo con la fundamentación que como ponente expuse en el proyecto inicial, quiero aclarar mi voto en la siguiente forma:

Como el interesado en la pérdida de la investidura del congresista demandado, invocó como causal de ella el "desempeñar cargo o empleo público o privado", por cuanto simultáneamente se desempeñó como congresista y Pesidente del Consejo de Administración de la Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Ltda. "CILEDCO", considero que era necesario, al estar probado en el proceso el desempeño simultáneo de esas dos calidades, examinar si la calidad de Presidente de dicho consejo tiene o no el carácter de "cargo o empleo público o privado", para concluir en la configuración o no de la causal, examen que en forma clara y precisa se efectuó en el proyecto que no me fue aceptado y que no se observa en la decisión adoptada.

Después de realizado el estudio antes indicado, para concluir que dicha calidad no conlleva ese carácter de empleo o cargo, tomado este último concepto también como simple dignidad, estimo sí era procedente terminar con el examen de la gestión o funciones desarrolladas como Presidente de dicho consejo, para concluir en si ellas estorban o no el cumplimiento de las tareas legislativas del congresista o si le permitían utilizarlas para ejercer tráfico de influencias.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

Santafé de Bogotá, D.C., abril veintidós (22) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

NOTA DE RELATORIA: El salvamento de voto de la doctora MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF, refiere lo siguiente: Con el mayor respeto me permito apartarme de la decisión mayoritaria que antecede, por las siguientes razones: Ya en el presente negocio tuve oportunidad de expresar mediante salvamento de voto, obrante a folios 90 y 91 del expediente, mi desacuerdo, tanto con la tramitación del presente por parte de la Sala Contenciosa, como con la adopción del procedimiento ordinario para los mismos efectos. A tales consideraciones me remito para fundamentar mi discrepancia con la providencia antecedente.

CONGRESISTA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA–Efectos/**DERECHO A LA IGUALDAD/DERECHO A LA LIBERTAD**–(Aclaración de Voto)

¿Los VALORES JUSTICIA, IGUALDAD Y LIBERTAD no resultan acaso violados por el artículo 179 de la Constitución, que en su numeral 4o. preceptúa que de por vida no pueden volver a ser congresistas "QUIENES HAYAN PERDIDO SU INVESTIDURA..."? ¿Acaso eternizar el castigo no equivale a eternizar el mal, como lo enseñaba el teólogo evangélico Rothe en 1869? ¿Un ordenamiento positivo JUSTO podrá disponer que no se puede ser congresista, porque en un momento dado de la existencia se profirió, en contra del parlamentario, una condena a pena privativa de la libertad? ¿El valor IGUALDAD acaso no se compromete cuando se dispone, en forma muy general, que no podrá ser congresista el que desempeñe cargo privado? ¿Acaso no será menester estudiar y definir, a la luz de la lógica de lo razonable, si el ejercicio de ese encargo compromete seriamente la labor del parlamentario? ¿Será que éste no puede ser el administrador del edificio en que vive, o el Presidente de la Junta del Colegio, donde estudian sus hijos? Me preocupa que en los procesos orientados a que se decrete la pérdida de la investidura prevalezca la escuela de la exégesis, el dogmatismo, la creencia muy generalizada de que el derecho es norma y nada más que norma. Manejando esta perspectiva jurídica se pueden cometer injusticias.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Aclaración de Voto del *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. AC-1215. Actor: Iván Vergara Gómez.

Comparto la decisión de fondo pero no las consideraciones, que a mi juicio, han debido tener una filosofía distinta.

El fallo, en todo su universo, le rinde culto a la normatividad constitucional, pero no al Derecho Constitucional. Y afirmo esto, porque la Carta de 1991 consagra, a lo largo de su articulado, un sistema de positivación mixto, en el cual se recogen **VALORES SUPERIORES DEL ORDEN JURIDICO POLITICO CONSTITUCIONAL,** para vivenciar lo cual basta leer el preámbulo de la misma, donde se preceptúa que para fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, se buscará **LA JUSTICIA, LA IGUALDAD, LA LIBERTAD y LA PAZ,** dentro de un marco jurídico democrático y participativo, que garantice un orden político, económico y social justo.

Al lado de los VALORES, la ley de leyes consagra **PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES,** a través de los cuales se delimita el marco político, social y económico, que determinan la forma de ejercicio de los **DERECHOS FUNDAMENTALES,** lo mismo que los postulados que deben orientar los poderes públicos (artículos 1o. a 10o. de la Constitución Nacional).

Prosiguiendo con el estudio de la escala normativa, vienen luego **CLAUSULAS GENERALES,** que nos sitúan en el campo de un **GRUPO DE DERECHOS FUNDAMENTALES,** que se han positivado como tales en la Carta, cuyo real alcance se remite a la expedición de una ley orgánica (artículos 21, 24, 26; 28, 36, 37, 39, 42, 48, 49 y 50), para no citar sino algunos.

Hay también, en la Constitución, **NORMAS ESPECIFICAS O CASUISTICAS,** a través de las cuales se proclaman una serie de derechos, sin hacer referencia a **SU POSTERIOR DESARROLLO LEGISLATIVO,** de lo cual se infiere que su sola positivación constitucional configura su real alcance y significación (artículos 14, 22, etc.).

Finalmente, encuentro en el citado estatuto **NORMAS DE TUTELA** que buscan garantizar los **DERECHOS FUNDAMENTALES** (Artículo 86).

A la luz de la anterior jerarquía normativa encuentro que el universo que tiene la normatividad que se recoge en los artículos 179 a 187 de la Constitución resulta, en parte sustancial, **INCONSTITUCIONAL,** con lo cual me adhiero a la perspectiva jurídica que enseña que es posible encontrar normas constitucionales que violen la Constitución. Entre los doctrinantes se destaca el pensamiento del profesor Antonio E. Pérez Luño, quien enseña:

> "Partiendo de una teoría general de la Constitución, la normatividad de los valores y los principios se prueba por la existencia de las denominadas **"NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES"**

(Verfassungswidrige Verfassungsnormen, en la terminología de la doctrina alemana), con lo cual se intenta subrayar LA **PRIMACIA HERMENEUTICA DE LOS VALORES,** hasta el punto de determinar **LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS PROPIAS NORMAS CONSTITUCIONALES QUE CONTRADIGAN SU SENTIDO..."** (Los Derechos Fundamentales. Tercera Edición, Tecnos, página 62) (destacado nuestro).

En este momento del discurso, me pregunto: ¿Los **VALORES JUSTICIA, IGUALDAD y LIBERTAD** no resultan acaso violados por el artículo 179 de la Constitución, que en su numeral 4o. preceptúa que de por vida no pueden volver a ser congresistas **"QUIENES HAYAN PERDIDO LA INVESTIDURA..."?** ¿Acaso eternizar el castigo no equivale a eternizar el mal, como lo enseñaba el teólogo evangélico Rothe en 1869? ¿Un ordenamiento positivo **JUSTO** podrá consagrar una sanción de por vida? ¿Un ordenamiento **JUSTO** podrá disponer que no se puede ser congresista, porque en un momento dado de la existencia se profirió, en contra del parlamentario, una condena a pena privativa de la libertad?

¿El valor **IGUALDAD** acaso no se compromete cuando se dispone, en forma muy general, que no podrá ser congresista el que desempeñe cargo privado? ¿Acaso no será menester estudiar y definir, a la luz de lógica de lo razonable, si el ejercicio de ese encargo compromete seriamente la labor del parlamentario? ¿Será que éste no puede ser el administrador del edificio en que vive, o el Presidente de la Junta de Colegio, donde estudian sus hijos?

El proceso orientado a decretar la pérdida de la investidura no puede convertirse en una cacería de brujas. Tampoco se puede manejar la ilusión de que montando sentencias de condena sobre contratos con una cuantía de QUINIENTOS MIL PESOS ($500.000.oo), se va a moralizar el país. El derecho no es norma y no es la ley la que se interpreta sino la conducta humana, en su interferencia intersubjetiva. Ello demanda del juez gran ponderación y esfuerzos superiores para no fallar bajo los efectos de los **PREJUICIOS SUBLIMINALES.**

Me preocupa que en los procesos orientados a que se decrete la pérdida de la investidura prevalezca la escuela de la exégesis, el dogmatismo, la creencia muy generalizada de que el derecho es norma y nada más que norma. Manejando esta perspectiva jurídica se pueden cometer muchas injusticias. Esta verdad jurídica lleva al jurista Karl Larenz, a enseñar:

"En el curso del siglo XIX, la dogmática degeneró en un conceptualismo estrecho, que constituyó un serio obstáculo para la evolución de la jurisprudencia y del mundo del comercio jurídico. Ello hizo nacer reacciones de diferente signo contra el **"positivismo jurídico"** y el **"positivismo legal"** términos con los cuales la mayor parte de las veces entendemos sólo una sobrevaloración de la ley y de la

dogmática orientada hacia la ley **y una subvaloración de los elementos creativos, singularmente de la jurisprudencia, del sentimiento jurídico, de la intuición de lo que ESSSER ha llamado una profundización en las posibilidades de la evidencia que existen en la valorización predogmática"** (Derecho Justo. Editorial Civitas, página 25).

La preocupación que confieso nace del respeto que me merece la democracia representativa. Si el pueblo selecciona, a su talante, sus representantes, ese hecho me merece la mayor consideración. El fallo que ordena la pérdida de la investidura no debe ser el fruto de un proceso fácil, montado sobre prueba oficiosa, y aplicación mecánica de la norma. En un país enfermo de envidia y manejado en muchas de sus áreas ciudadanas por el **"rumor"** o el **"chisme"**, se impone el máximo de prudencia jurídica. Si se entiende por régimen democrático –como lo enseña **Norberto Bobbio**– "... el conjunto de reglas de procedimiento para la formación de decisiones colectivas, en las cuales está prevista y facilitada la participación más amplia posible de los interesados", se debe tener mucha cautela al dedicir romper el marco inicial que el pueblo se dio para la toma de tales decisiones. Haciendo nuestras, las palabras del citado maestro y filósofo, nos resistimos a contribuir, en casos como el presente, a destruir nuestra democracia "... siempre frágil, siempre vulnerable, corrompible y a menudo corrompida, para hacerla perfecta". No nos seduce la acción de aquellos que... "tomando la imagen **Hobbesiana,** se comportan como las hijas de **Pelias,** que despedazaron a su viejo padre para resucitarlo..." (El Futuro de la Democracia, Plaza Janes, páginas 15 y s.s.).

Con toda consideración,

Julio César Uribe Acosta.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA–Titularidad

Entre las innovaciones que trajo consigo la Carta Política de 1991, se halla una acción judicial cuya competencia se radica en el Consejo de Estado, pudiendo ser su titular bien la mesa directiva de la Cámara a que pertenezca el congresista, bien cualquier ciudadano, como así lo dispone la norma, e igualmente la Procuraduría General de la Nación por cuanto a este organismo le corresponde, entre otras cosas, vigilar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes (art. 277 de la C. P.). Su pretensión consiste en que se decrete la pérdida de la investidura si ha incurrido o si incurre dicho congresista en una o varias de las causales precisadas en el art. 183 *ibídem.*

CONGRESISTA/VACANTE/SUPLENTE–Supresión

Entre las tanta novedades de la Constitución de 1991, ha de citarse también la supresión de los suplentes que señalaba la Carta anterior para las corporaciones públicas de elección popular (arts. 93, 2o. inciso *in-fine,* y 99, 2o. inciso *in-fine)* reemplazándolo por un sistema distinto, de tal suerte que en la actualidad, las vacancias por faltas absolutas o temporales (acto legislativo No. 3 de 1973) serán suplidas por los candidatos no elegidos según el orden de inscripción en la lista correspondiente.

CONGRESISTA SUPLENTE–Inhabilidades

Para estos congresistas y en cuanto al régimen de incompatibilidades e inhabilidades, el art. 181 de la Constitución, en su segundo inciso dice perentoriamente: "quien fuere llamado a ocupar el cargo, quedará

sometido al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades a partir de su posesión". Y ello es apenas obvio, porque en este evento, la fuente de la investidura no es la elección sino el llamado que se le hace para cubrir la vacancia.

CONGRESISTA-Inhabilidades/**CONCEJAL/EMPLEO DE ELECCION POPULAR**-Inexistencia/**CONGRESISTA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA/ PERIODO ELECTORAL**-Coincidencia

Como quiera que en verdad el demandado no fue elegido representante, sino que su vinculación a la Cámara se produjo cuando ya no era concejal, es obvio concluir, después de estas lucubraciones, que no hubo coincidencia en el tiempo de las dos investiduras.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: D*octor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Radicado No. AC-1491. Asuntos Constitucionales (Solicitud de pérdida de la investidura de congresista del Representante a la Cámara Plinio D'Paola Cuello). Actora: Merys Pastrana Negrete.

Pasa a resolver la Sala la solicitud de pérdida de la investidura de congresista que ostenta el representante a la Cámara Plinio D'Paola Cuello impetrada por la ciudadana Merys Pastrana Negrete, vecina de la ciudad de Montería, agotada como se encuentra la instancia en sus diversas etapas señaladas en el título XXIV, libro IV del C.C.A. y para los efectos indicados en el art. 184 de la Constitución Política.

I-. DE LA SOLICITUD

La solicitante se fundamenta en el siguiente precepto constitucional: "Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente". Así lo establece el numeral 8 del art. 179 de la Carta y está erigido en inhabilidad para ser congresista y en causal de pérdida de investidura al tenor del numeral 1 del art. 183 *ibídem.*

Seguidamente la ciudadana demandante afirma que el señor D'Paola Cuello fue elegido concejal principal de Ciénaga de Oro para el período 1990 a 1992 y que estando en ejercicio de las funciones propias de tal, se inscribió como segundo candidato en la lista encabezada para la Cámara de Representantes por el doctor Julio Manzur Abdala

para la circunscripción electoral de Córdoba, período 1991 a 1994, siendo declarado electo este último.

Habiendo renunciado a su curul el represente Manzur Abdala, se llamó al segundo de la lista correspondiente o sea al señor Plinio D'Paola Cuello, para que entrara a ocupar la vacante y ahora ejerce el cargo no obstante su inhabilidad por el motivo indicado.

Con base en lo anterior, impetra la ciudadana Pastrana se decrete la pérdida de la investidura de D'Paola Cuello.

II–. DEL TRAMITE

Como se ha indicado arriba, al asunto se le ha dado el trámite que precisa el Título XXIV del libro IV del C.C.A., con base en lo que enseña su art. 206 (modificado por el art. 45 del decreto-ley 2304 de 1989), en la parte que dice: "Este procedimiento también debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios para los cuales la ley no señale un trámite especial".

Así, pues, mediante auto de veinticuatro (24) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), fue admitida la solicitud de la ciudadana Pastrana disponiéndose lo pertinente. Dentro del término de fijación en lista, a través de apoderado judicial, el señor Plinio D'Paola Cuello se hizo presente y contestó la solicitud debidamente. Se allegaron pruebas y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público, por lo cual habiéndose surtido llega el momento de dictar sentencia al no observarse, además, defecto que lleve a nulidad procesal.

III–. DE LAS PRUEBAS

Han de destacarse las siguientes pruebas, todas de carácter documental:

a) Copia autenticada del acta parcial del escrutinio de los votos emitidos para Concejo del Municipio del Ciénaga de Oro, calendada a 11 de marzo de 1990 y expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil. En el listado del cómputo total de los votos se observa que aparece como inscrito por el partido social conservador el señor D'Paola Cuello Plinio H. quien obtuvo mil quinientos nueve votos (1.509) (fol. 5);

b) Copia del acta parcial del escrutinio de los votos para Concejo del Municipio de Ciénaga de Oro, en la que se hace notar que el cuociente electoral fue de 1.182 y que de la lista encabezada por D'Paola Puello (sic) Plinio Humberto se elige uno (1) por cuociente quedando un residuo de doscientos veintisiete (227) (fol. 6);

c) Certificación de la Registradora Municipal del Estado Civil de Ciénaga de Oro, según la cual el doctor Plinio Humberto D'Paola Cuello fue elegido concejal para el período comprendido entre 1990 y 1992 (fol. 36);

d) Copia autenticada del acta No. 01/90 del 1o. de agosto de 1990 en la cual, entre otras cosas, se registra que los concejales electos tomaron posesión de sus cargos, y entre ellos figura Plinio D'Paola Cuello (fol. 29 a 33);

e) Copia autenticada del acta No. 14 de la sesión ordinaria del día 16 de agosto de 1991 del Concejo Municipal de Ciénaga de Oro. En uno de sus apartes se lee: "...al mismo tiempo, el presidente del Honorable Concejo Municipal, doctor Plinio D'Paola Cuello **presenta renuncia irrevocable del cargo como presidente del Honorable Concejo Municipal..."** (fols. 26 y 27); (se subraya)

f) Constancia del subsecretario general de la Cámara de Representantes según la cual el Dr. Plinio Humberto D'Paola Cuello tomó posesión como miembro de la mencionada Corporación, por la circunscripción electoral de Córdoba, el día 14 de julio de 1993, en reemplazo del Dr. Julio Manzur Abdala, a quien le fue aceptada su renuncia irrevocable, y que el mencionado ciudadano D'Paola Cuello se encuentra actualmente –9 de febrero de 1994– en ejercicio de sus funciones como tal (fol. 22); copia del acta de posesión aparece debidamente autenticada a folio 23 del expediente;

g) Certificado de la Registradora Municipal del Estado Civil de Ciénaga de Oro, según el cual se dice que "revisados los formularios E28 Acta Parcial de Escrutinios correspondientes a inscripción de candidatos, **no aparece** inscrito ni elegido como concejal para el período 1992-1994 por el municipio de Ciénaga de Oro el Dr. Plinio Humberto D'Paola Cuello (fol. 46).

La evaluación correspondiente se hará en la parte considerativa de este proveído.

IV–. DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSION Y DEL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Ha alegado de conclusión, en su oportunidad, el apoderado judicial del demandado, quien, con fundamento en las pruebas, pide se declare que el Dr. D'Paola "nunca ha incurrido en la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 8o. del artículo 179 de la Carta, razón por la cual solicito a la Sala Plena del Honorable Consejo de Estado que desestime las pretensiones de la parte actora".

Observa el apoderado del demandado que "en ningún momento ha habido coincidencia de los períodos en los cuales mi poderdante ha actuado como Concejal y como Representante, no dándose, en consecuencia, la inhabilidad invocada", porque como consta en autos, el Dr. D'Paola no fue elegido representante a la Cámara para

el período 1991-1994, sino que en virtud de la renuncia irrevocable del titular Julio Manzur Abdala, entró a reemplazarlo cuando ya su período de concejal había vencido.

Agrega que, a todas luces, la solicitud de la señora Pastrana Negrete resulta temeraria, "puesto que no sé con qué oscuro propósito ha pretendido perjudicar la posible llegada de mi poderdante al Senado de la República... el mismo hecho de poner en movimiento a la máxima autoridad contencioso administrativa del país, sin tener argumentos válidos que respaldaran su gestión, estimo que amerita de parte del H. Consejo de Estado una severa sanción".

La parte actora no alegó de conclusión.

Al descorrer el traslado de rigor, la señora Procuradora Sexta Delegada en lo contencioso administrativo ante el Consejo de Estado rindió su concepto en el sentido de que no debe prosperar la solicitud de desinvestidura y así impetra se declare. Dice al efecto que el señor D'Paola Cuello accedió a la Cámara de Representantes en virtud de lo dispuesto por el art. 134 de la Constitución, o sea, en razón de la renuncia presentada por quien sí fue electo, o sea, el doctor Julio Manzur Abdala. Para la fecha correspondiente a la posesión ya no era concejal de Ciénaga de Oro, máxime cuando no solo no fue elegido para el período 1992-1994, sino que ya desde antes se encontraba desvinculado del cuerpo edilicio por haber renunciado al mismo desde 1991. Por lo tanto se impone la denegatoria de la petición formulada por la demandante.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Entre las innovaciones que trajo consigo la Carta Política de 1991, se halla una acción judicial cuya competencia se radica en el Consejo de Estado, pudiendo ser su titular bien la mesa directiva de la Cámara a que pertenezca el congresista, bien **cualquier ciudadano,** como así lo dispone la norma, e igualmente la Procuraduría General de la Nación por cuanto a este organismo le corresponde, entre otras cosas, vigilar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes (art. 277 de la C. Pol.). Su pretensión consiste en que se decrete la pérdida de la investidura si ha incurrido o si incurre dicho congresista en una o varias de las causales precisadas en el art. 183 *ibídem.*

2.- Una de las causales de pérdida de la investidura de un congresista es la violación del régimen de inhabilidades (ordinal 1) y como dice la parte actora en el caso *sub-judice,* el art. 179 de la ley de leyes establece de manera clara que "nadie podrá ser **elegido** para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente" (la subraya no es del texto).

3.- Se trata, por lo tanto, de una incapacidad o impedimento que desea evitar el ejercicio simultáneo de dos o más funciones públicas, en detrimento del servicio que a través de ellas, se debe prestar a la comunidad de acuerdo con las corporaciones o los cargos a que se tenga ocasión de desempeñar. La consecuencia de incurrir en tal inhabilidad si ella surge con posterioridad a la posesión, lleva a la pérdida de la investidura de congresista, decretada por el Consejo de Estado (Art. 181, inciso 2o.).

4.- Ahora bien, entre las tantas novedades de la Constitución de 1991, ha de citarse también la supresión de los suplentes que señalaba la Carta anterior para las corporaciones públicas de elección popular (arts. 93, 2o. inciso *in-fine* y 99, 2o. inciso *in-fine)* reemplazándolo por un sistema distinto, de tal suerte que en la actualidad, las vacancias por faltas absolutas o temporales (acto legislativo No. 3 de 1993) serán suplidas por los candidatos **no elegidos** según el orden de inscripción en la lista correspondiente.

Para estos congresistas y en cuanto al régimen de incompatibilidades e inhabilidades, el art. 181 de la Constitución, en su segundo inciso dice perentoriamente: "quien fuere llamado a ocupar el cargo, quedará sometido al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades a **partir de su posesión".** (La subraya es de la Sala) Y ello se apenas obvio, porque en este evento, la fuente de la investidura no es la elección sino el llamado que se le hace para cubrir la vacancia.

5.- Como surge de la relación de pruebas, en el caso de autos se observa que el demandado D'Paola Cuello se inscribió, como segundo en la lista del partido social conservador, circunscripción electoral de Córdoba, siendo el primero de ellos el señor Julio Manzur Abdala quien fue declarado electo en las elecciones del 27 de octubre de 1991. Así mismo aparece demostrado que el señor Julio Manzur Abdala renunció a su investidura de representante y que el 14 de julio de 1993 tomó posesión en su reemplazo el señor D'Paola Cuello.

La causal de inhabilidad que esgrime la parte actora, como se ha visto, se fundamenta, en la circunstancia de que D'Paola Cuello fue elegido concejal de Ciénaga de Oro en 1990 para el período que comenzó en ese año y terminó en 1992. Se observa también que cuando fue elegido concejal, todavía no había sido expedida la Constitución de 1991 y que además el señor D'Paola Cuello no fue elegido, rigurosamente hablando, como representante a la Cámara. Sólo tiempo después, cuando ya el señor D'Paola no era concejal, fue llamado a ocupar la vacante de Manzur por lo que no se advierte que haya habido coincidencia simultánea en el tiempo del cargo de concejal y del cargo de representante.

Así las cosas, no hay duda de que no se está en presencia de la causal de la pérdida de la investidura invocada por la parte actora y de allí que deba negarse su pretensión.

6.–En cuanto hace a la petición del apoderado judicial del demandado en el sentido de que se sancione a la actora por temeraria, la Sala ha de aclarar que no observa la ocurrencia de la temeridad, dado que, en apariencia, hubo coincidencia parcial entre el período de concejal (1990-1992) y el de representante (1991-1994). Debe aclararse que el señor D'Paola no renunció al cargo de concejal de Ciénaga de Oro, sino a la función de presidente del Concejo Municipal el día 16 de agosto de 1991, y por ello cuando se produjo la votación popular el 27 de octubre de 1991, era concejal de Ciénaga de Oro. Pero como quiera que en verdad el señor D'Paola no fue elegido representante, sino que su vinculación a la Cámara se produjo cuando ya no era concejal, es obvio concluir, después de estas lucubraciones, que no hubo coincidencia en el tiempo de las dos investiduras.

Siendo aquí la solicitante una ciudadana, no pueden exigírsele mayores conocimientos jurídicos o de interpretación de normas, máxime que se presume, al incoar una acción ciudadana, como es la que aquí se ha analizado, su interés en la salvaguarda del ordenamiento jurídico.

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

FALLA:

Deniégase la solicitud de pérdida de la investidura de congresista del representante a la Cámara Dr. Plinio D'Paola Cuello, impetrada por la ciudadana Merys Pastrana Negrete.

Deniégase la petición del apoderado de la parte demandada.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE A QUIENES CORRESPONDA, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE. CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión celebrada el día diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren De La Lombana de M.* (salva voto), *Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Luis Eduardo Jaramillo M., Alvaro*

Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta (aclara voto), *Miguel Viana Patiño* (ausente), *Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

NOTA DE RELATORIA: La Aclaración de Voto del Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA está contenida en términos semejantes a los explicados en la pérdida de investidura del congresista RICARDO ROSALES ZAMBRANO, Exp. AC-1215 publicada en este mismo tomo.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA/SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA/NORMA CONSTITUCIONAL–Desarrollo Legal–(Salvamento de Voto)

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. En consonancia con lo anterior, el art. 304 de la Ley 5a. de 1992 atribuyó la competencia en mención al Consejo en pleno. En tales condiciones en el presente caso debía conocer del negocio la Sala Plena del Consejo de Estado. 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 mientras no exista el procedimiento especial no es posible tramitar la solicitud, por cuanto no se ha establecido la forma de cumplir lo ordenado por la C.N.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Salvamento de Voto de la doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.

Referencia: Expediente No. AC-1491. Actor: Merys Pastrana Negrete.

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.

En consonancia con lo anterior, él art. 304 de la la ley 5a. de 1992 atribuyó la competencia en mención al Consejo en pleno.

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 (20) 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 mientras no exista el procedimiento especial no es posible tramitar la solicitud, por cuanto no se ha establecido la forma de cumplir lo ordenado por la C.N.

En tales condiciones considero que la Sala Contenciosa no tenía competencia para decidir el negocio, ni disponía de un procedimiento que garantizara el cumplimiento del término previsto en la Constitución Nacional.

De los señores Consejeros,

Miren De La Lombana de Magyaroff.

Fecha *ut-supra.*

CONGRESISTA–Inhabilidades/**PERDIDA DE LA INVESTIDURA/ BANCO DE COLOMBIA/JUNTA DIRECTIVA**–Miembro/**GESTION DE NEGOCIOS**–Inexistencia/**EMPLEO PUBLICO**–Inexistencia

El artículo 20 de los estatutos del Banco de Colombia, al prever las funciones de la Junta Directiva, no establece para ésta o para sus miembros en forma individual, la de representar o tener la capacidad para obligar al banco frente a terceros: la norma considera a la Junta Directiva en comento como un organismo que opera al interior de la entidad, destinado a fijar la orientación de la dirección de la empresa en orden a cumplir los fines para los que fue creada. Y aunque es cierto que conforme a la anterior disposición la junta directiva tiene atribuciones suficientes para ordenar la ejecución o celebración de contratos comprendidos dentro del objeto social, no hay prueba de que con su intervención o con la de alguno de sus miembros en particular, se gestionó o celebró un contrato de nombre del Banco. Al no aparecer demostrada la gestión o la contratación en nombre propio o ajeno que lo haga incurso en la inhabilidad en estudio, el cargo debe ser rechazado y, por este aspecto debe denegarse la solicitud. Por su parte, el artículo 17 de los estatutos del Banco de Colombia a que ya se hizo referencia, establece que por ser nombrado miembro de la Junta Directiva no se adquiere la calidad de funcionario público y sus inhabilidades e incompatibilidades son las del Decreto 400 de 1986 norma que hace relación a las establecidas para con dicha entidad.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. AC-929. Pérdida de Investidura. Actor: Tiberio Villarreal Ramos.

El señor Tiberio Villareal Ramos solicita la pérdida de investidura del Senador Alberto Montoya Puyana.

HECHOS

Relata la parte actora los siguientes que se resumen así:

1.– Por decreto 421 del 2 de marzo de 1987, de la Presidencia de la República, el señor Alberto Montoya Puyana fue designado como miembro suplente de la Junta Directiva del Banco de Colombia.

2.– Por Decreto 2100 del 11 de septiembre de 1990 el Dr. Montoya fue designado miembro principal de la junta citada en representación de los sectores económicos.

3.– El Gobierno Nacional designó como su reemplazo al Dr. Carlos Sanclemente Orbegozo, por Decreto 2427 del 29 de octubre de 1991, fecha hasta la cual el Dr. Montoya ejerció el cargo, aparentemente, porque su renuncia fue presentada y recibida con posterioridad a la expedición del mencionado decreto.

4.– Ya en ejercicio del cargo de Senador, el Dr- Montoya Puyana continuó recibiendo pasajes aéreos hasta el 17 de diciembre de 1991 por parte del Banco de Colombia para cubrir la ruta Bogotá - Bucaramanga.

5.– El ciudadano en cuestión recibió honorarios hasta el 20 de agosto de 1991.

6.– El 27 de octubre de 1991, conforme lo dispuesto por el Art. transitorio 1o. de la C. N., se celebraron elecciones para miembros del Congreso por el período 1o. de diciembre de 1991 y el 17 de julio de 1994.

7.– El señor Montoya Puyana fue elegido senador de la República por circunscrpción nacional el 27 de octubre de 1991.

8.– El senador mencionado presentó renuncia como miembro prncipal de la junta directiva del Banco de Colombia, con posterioridad a su elección, el 28 de noviembre de 1991, y no en fecha anterior, dada también la fecha de recibo de la renuncia.

9.– El Banco de Colombia es una sociedad de economía mixta sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, con un aporte mayoritario de capital estatal por el reciente proceso de nacionalización al que fue sometido.

10.– El señor Montoya intervino en las sesiones de la Junta Directiva del Banco, durante los seis meses anteriores a su elección como Senador de la República y participó activamente en la toma de decisiones sobre el manejo de recursos oficiales, no obstante la condición de ente oficial del Banco de Colombia en las fechas en mención.

NORMAS VIOLADAS

El solicitante invoca como infringidas las siguientes disposiciones:

Artículos 179-3, 180-1o., 183-1o., 184-6o., 127 y 128 de la C. N.

Artículos 296-1o. de la ley 5a. de 1992.

Artículos 144 y 162 del C. P.

CONCEPTO DE VIOLACION

Arts. 179-3 y 180-1o. de la C. N.

Afirma la demanda que el Dr. Montoya Puyana, permaneció en el cargo del Banco de Colombia como miembro principal de su junta directiva siete meses después de la fecha prevista en la norma para desvincularse, pues fue elegido como senador el 27 de octubre de 1991.

Como aspirante al cargo de Senador debía retirarse con seis meses de anticipación a la elección lo que no hizo y, por el contrario, permaneció vinculado al Banco hasta el 28 de noviembre de 1991 y recibiendo de dicha entidad pasajes aéreos hasta el 17 de diciembre del mismo año, en pleno ejercicio de su cargo.

El Dr. Montoya debía saber que su renuncia al cargo en el Banco de Colombia debía presentarla seis meses antes de su elección y no un mes después de la misma.

El ciudadano cuestionado intervino activamente en la toma de decisiones sobre manejo de recursos oficiales violando el régimen de inhabilidades y, por la misma razón, el de incompatibilidades.

El señor Montoya, debidamente posesionado y en ejercicio de sus funciones como Senador de la República, desde el 1o. de diciembre de 1991, siguió perteneciendo al Banco y recibiendo pasajes aéreos hasta el 17 de diciembre de 1991.

Para corroborar su aseveración acerca de la violación expuesta, transcribe apartes del concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación del 5 de noviembre de 1991, con Ponencia del H. Consejero Dr. Humberto Mora Osejo.

Al respecto solicita se consulte los documentos acompañados como prueba para demostrar la presencia física del Senador Montoya en las sesiones de la Junta Directiva a que hace mención, la remuneración recibida por tal razón y la elección del mismo como Senador de la República.

Las circunstancias anteriores, anota, hacen incurso al senador Puyana en las conductas descritas en los Arts. 144 y 162 del C. P.

Aclara que como lo señala el Art. 62 del C. P. son empleados públicos, entre otros, los miembros de corporaciones públicas.

Se acredita igualmente, la calidad del Banco de Colombia como sociedad de economía mixta del orden nacional con certificación expedida por la Superintendencia Bancaria, que tiene el control y vigilancia de la entidad, porque es importante examinar las actuaciones adelantadas como miembro de la junta directiva del banco.

Como anotación final expone que, al parecer, y conforme a la fecha de la carta de renuncia, ésta, se le aceptó sin haberla presentado; luego se legalizó la situación en forma extemporánea, por lo que la aceptación en cuestión se realizó en forma irregular y de manera ilegal, y solo quedó perfeccionada el 28 de noviembre de 1991.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Senador Alberto Montoya Puyana contestó el libelo, por intermedio de apoderado y solicitó pruebas.

Respecto a los hechos manifestó que los numerados como primero, segundo, quinto y sexto son ciertos; los numerados tercero y octavo no son ciertos en su integridad y el cuarto no es cierto.

En cuanto al séptimo precisa que culminó con el escrutinio y entrega de la credencial por parte del Consejo Nacional Electoral y respecto del décimo solicita se demuestre.

De manera general explica que no estaba inhabilitado cuando se realizó el escrutinio y resultó elegido como Senador y que su desempeño como miembro de la junta directiva no le impedía ser Senador por circunscripción nacional.

INADMISION DE LA DEMANDA

Mediante auto del 1o. de julio de 1993, la presente demanda fue inadmitida en Sala Unitaria por considerar que la competencia para resolver sobre la solicitud de pérdida de investidura está atribuida al Consejo de Estado en su Sala Plena y no a la Sala de lo Contencioso Administrativo y por estimar que no está previsto por la ley el procedimiento que garantice la evacuación del negocio dentro del término perentorio de veinte días, establecido en la C. N.

Recurrido el negocio en súplica, la Sala de lo Contencioso Administrativo consideró que le asiste competencia para decidir el negocio y que el procedimiento a seguir es el ordinario, por lo cual, decidió admitir la demanda y ordenó devolver el proceso al Consejero Sustanciador para su trámite y decisión conforme a los anteriores parámetros.

Habida cuenta de lo resuelto en el mencionado auto, en acatamiento a la orden de la Sala, aunque sin compartirla, se procedió a tramitar el negocio hasta ponerlo en estado de dictar sentencia y se procede a su fallo sin que los aspectos de competencia y procedimiento se analicen de nuevo en esta oportunidad.

ADICION DE LA DEMANDA

Por haber sido adicionada en forma extemporánea fue denegada la adición de la demanda y el decreto de pruebas solicitadas extemporáneamente. En consecuencia, no serán tomadas en cuenta.

ALEGATOS DE CONCLUSION

DEL DEMANDANTE:

Hace un recuento de los hechos inicialmente relatados, de las disposiciones violadas y del concepto de violación, inclusive de los propuestos en la adición de la demanda, y de las pruebas allegadas. Aunque se hace a continuación la reseña completa no se tendrán en cuenta en el análisis los aspectos tratados en la adición extemporánea.

En cuanto a la violación alegada manifiesta:

El art. 2o. transitorio de la C. N. se violó porque el Banco de Colombia hace parte de la rama ejecutiva del poder público, como adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Quienes conforman el rol administrativo son funcionarios y no podían ser candidatos el 27 de octubre de 1991 sin renunciar antes del 14 de junio de 1991.

El señor Montoya solo renunció el 28 de noviembre de 1991; pero su renuncia aparece aceptada el 29 de octubre de 1991; para esa fecha el Senador no podía ser candidato al Congreso por las razones expuestas en la norma constitucional.

El art. 179-3 de la C. N. resultó infringido porque no podía ser Senador quien hubiese intervenido en gestiones de negocios ante entidades públicas, celebración de contratos con ellas en interés propio o de terceros, dentro de los seis meses anteriores a la elección.

Manifiesta que está demostrado que el señor Montoya asistió a 8 reuniones del 4 de junio de 1991 al 20 de agosto del mismo año en Bogotá y de septiembre a diciembre de 1991 en Bucaramanga.

Afirma que los viajes a las reuniones eran aprovechados para realizar gestiones ante las entidades oficiales o semioficiales como la Terminal de Transportes para efecto de arreglar las obligaciones de esa entidad con el Banco de Colombia en lo referente a cumplimiento de pagarés y refinanciación.

El art. 28 del Decreto 3130 de 1968 prohíbe a los miembros de juntas o cargos directivos de establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, gestionar en negocios propios o ajenos e intervenir en negocios que hubiera conocido o adelantado durante el desempeño de funciones y por razón de su cargo.

El art. 180 numerales 1, 2 y 3 de la C. N., manifiesta, resulta violado en la siguiente forma:

En cuanto al núm. 1o.: Hasta el 29 de noviembre de 1991, fecha en que se le aceptó la renuncia presentada el 28 de noviembre de 1991, se desempeñó en el cargo.

En relación con el numeral 2o.: Gestionó ante entidades públicas en interés del Banco de Colombia para que la Terminal de Transportes arreglara sus problemas financieros como deudora del Banco, asistiendo a reuniones de trabajo en Bucaramanga de septiembre a diciembre de 1991.

Respecto del numeral 3o.: Los congresistas no pueden ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas o de instituciones que administren tributos.

DE LA PARTE DEMANDADA:

1o. El señor Montoya como miembro de una junta directiva nunca fue representante legal del Banco, como lo exige el art. 179-3 de la C. N. Invoca las certificaciones del superintendente bancario y los estatutos del Banco.

2o. No puede deducirse desempeño del cargo de la asistencia esporádica a la junta directiva.

3o. Si, en gracia de discusión, fuera desempeño tal circunstancia nada tiene que ver con causal de inhabilidad, sino con incompatibilidades.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Octava (ahora Décima) Delegada en lo Contencioso Administrativo solicita no se acceda a la solicitud de pérdida de investidura en el presente caso con base en las siguientes consideraciones:

Parte de la base de que aparecen demostrados los siguientes hechos:

1. La designación del Dr. Montoya Puyana como miembro suplente de la Junta Directiva del Banco de Colombia (Decreto 421 del 2 de marzo de 1987) y como miembro principal (Decreto 2100 del 11 de septiembre de 1990) de la misma junta.

2. Pago de honorarios por $380.000 en 1991 por asistencia a reuniones de la junta directiva, siendo el último el 20 de agosto de 1991.

3. Renuncia verbal y solicitud, también verbal, del Ministro de Hacienda a la Secretaría General de dicho Ministerio para elaborar el Decreto respectivo.

4. Designación de Carlos Sanclemente O. como miembro de la junta directiva en reemplazo del Dr. Montoya a quien se le aceptó la renuncia (Decreto 2427 del 29 de octubre de 1991).

5. Formalización de la renuncia el 28 de noviembre de 1991, por parte del Dr. Montoya.

6. Cancelación de pasajes por parte del Banco de Colombia del 9 de enero al 30 de noviembre de 1991 al Dr. Montoya pero, aclara, no como miembro de la junta directiva del Banco.

En relación con los cargos formulados expone:

Participación del Dr. Montoya como miembro de la junta directiva antes de la elección y luego de ella:

Después de transcribir el 179-3 manifiesta que el constituyente estableció por esta norma, tres causales de inhabilidad:

A) Gestionar negocios ante entidades públicas.

B) Celebrar contratos con entidades públicas en interés propio o de terceros.

C) Ser representante legal de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales.

Esta última, precisa, es la planteada por la demanda y sus elementos son:

– Ser representante legal de una entidad que administre recursos o contribuciones parafiscales.

– Dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

En el presente caso, anota, el Banco de Colombia es una sociedad de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda (Decreto 1482 de 1986, art. 5o.).

Su representante legal es el Presidente del Banco, que es agente del Presidente de la República, según los estatutos aprobados por el Decreto citado (art. 25).

De lo anterior deduce que la causal de inhabilidad no se configura porque la junta no es representante legal del Banco.

El capital autorizado es de $15.000.000.000, de los cuales $14.995.099.975.20 están representados en acciones públicas y $4.900.024.80 en acciones clase privada (art. 9o. del Decreto 1482 de 1986).

La entidad, explica, aunque tiene aporte preferencial público no administra tributos, ni contribuciones parafiscales, como se desprende de su objeto social y régimen de los demás actos asociativos arts. 6o. y 7o. de los estatutos.

En relación con el art. 180-1 de la C. N. anota:

El art. 123 de la C. N. señala quién debe considerarse como servidor público, defiriendo a la ley la determinación del régimen aplicable a particulares que desempeñen funciones públicas.

El art. 17 del decreto 1482 de 1986, ya citado, establece que los miembros de la junta directiva del Banco, aunque cumplen funciones públicas no adquieren calidad de funcionarios y el 25 que el único empleado que es público es el Presidente.

No se puede afirmar que Montoya por ser miembro de la junta directiva desempeñara cargo público y conjuntamente tuviera investidura como Senador, hasta

el 28 de noviembre de 1991, cuando se retiró de aquella, ni que por haber recibido pasajes aéreos del Banco para ayudar a resolver el problema de la entidad se convirtiera en funcionario público.

CONSIDERACIONES

El problema gira en torno a la aplicación del art. 183-1 de la C. N., por considerar que aparece demostrada, de una parte, la inhabilidad prevista en el art. 179-3 y, de otra, la incompatibilidad prevista en el art. 180-1 en que habría incurrido el Senador Alberto Montoya Puyana, por razón de haber sido elegido como tal, no obstante, ser miembro de la junta directiva del Banco de Colombia y por ese hecho haber efectuado gestión ante entidades públicas, de una parte y de otra, utilizado unos pasajes aéreos suministrados por la entidad mencionada, después de su elección, para asistir a reuniones de la junta directiva de la que hacía parte.

SE OBSERVA:

Para efectos del estudio debe precisarse en primer término que aparece demostrado y no se discute dentro del proceso que mediante Acuerdo No. 121 del 25 de noviembre de 1991, el Consejo Nacional Electoral declaró elegido como Senador de la República al señor Alberto Montoya Puyana (fl. 197).

Procede la Sala a efectuar el análisis pertinente:

I. El art. 179-3 de la C.N. es del siguiente tenor:

"No podrán ser congresistas:

"3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas o en la celebración de contratos con ellas en interés propio o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección".

El cargo se fundamenta en la afirmación de que un miembro de una junta directiva por serlo gestiona o contrata con entidades públicas y, por lo mismo, si no se retira seis meses antes de la elección de la junta correspondiente, queda inhabilitado para ser elegido como congresista a tenor de la norma transcrita.

Pero la disposición contempla unas hipótesis diferentes, como pasa a explicarse:

En relación con los dos primeros aspectos regulados, la Sala debe precisar que conforme lo prevé la norma ninguna persona puede intervenir en gestión de negocios

ante entidades públicas o contratar con ellas dentro delos seis meses anteriores a la elección, so pena de quedar inhabilitado para ser elegido como congresista.

En relación con el aspecto atinente a la inhabilidad en consideración a llevar la representación legal de las entidades señaladas en la norma, debe aparecer probada de una parte, la administración de los recursos a que hace relación la disposición por parte de la entidad y a que se detente por el acusado, la representación legal correspondiente.

Es procedente, en consecuencia, analizar si el señor Montoya Puyana, por desempeñarse como miembro de la Junta Directiva del Banco de Colombia, dentro de los seis meses anteriores a su elección como Senador quedó incurso en la inhabilidad alegada.

El art. 25 de los estatutos del Banco de Colombia, aprobados por decreto 1482 de 1986, y tal como fue reformado por el art. 1o. del Decreto 2034 de 1991 establece que el representante legal del Banco es el Presidente del mismo y que, igualmente, llevarán tal representación, el vicepresidente ejecutivo, el vicepresidente de crédito y promoción de sucursales y el vicepresidente de inversiones, pudiendo actuar conjunta o separadamente y con las mismas atribuciones del presidente.

Lo anterior aparece corroborado por la certificación de la Cámara de Comercio en la que hace la relación de los anteriores funcionarios para señalar a quienes ostentan la representación legal del Banco de Colombia.

Por su parte, el art. 20 de los mismos estatutos del Banco, al prever las funciones de la Junta Directiva, no establece para ésta o para sus miembros en forma individual, la de representar o tener la capacidad para obligar al Banco frente a terceros; la norma considera a la junta directiva en comento como un organismo que opera el interior de la entidad, destinado a fijar la orientación de la dirección de la empresa en orden a cumplir los fines para los que fue creada.

Y aunque es cierto que conforme a la anterior disposición la junta directiva tiene atribuciones suficientes para ordenar la ejecución o celebración de contratos comprendidos dentro del objeto social, no hay prueba de que con su intervención o con la de alguno de sus miembros en particular, se gestionó o celebró un contrato a nombre del Banco.

Al no aparecer demostrada la gestión o la contratación en nombre propio o ajeno que lo haga incurso en la inhabilidad en estudio, el cargo debe ser rechazado y, por este aspecto debe denegarse la solicitud.

II. El art. 180-1 de la C. N. dice:

"Los congresistas no podrán:

"1. Desempeñar empleo público o privado".

De la anterior transcripción se deduce que se trata de una incompatibilidad; en consecuencia, para su configuración es necesario que el desempeño del empleo cuestionado sea simultáneo al de congresista.

El cargo se fundamenta en el hecho de que el señor Montoya Puyana ya en ejercicio de su cargo como congresista, siguió desempeñándose como miembro de la junta directiva del Banco de Colombia lo que lo hace incurso en la causal de incompatibilidad transcrita.

Al respecto se observa:

Ya la Sala en sentencia del 22 de marzo de 1994 analizó lo que debe entenderse por empleo, en la siguiente forma:

*"**Empleo**", según el Diccionario de la Lengua Española –Real Academia Española, vigésima primera edición, Madrid, 1992–, es "**destino, ocupación, oficio**" (2a. acepción); y "**cargo**" es "**dignidad, empleo, oficio**" (10a. acepción).*

*"A su turno, la definición jurídica de "**empleo**" es la de "ocupación, actividad; trabajo, oficio; puesto o destino"; y la de "**empleo privado**", la de "**realización de un trabajo permanente bajo dependencia de un particular./ Por antonomasia, dentro de ese nexo laboral, desempeño de tarea administrativa o de dirección delegada por un empresario./ Puesto burocrático en despacho, oficina, establecimiento industrial o mercantil, de carácter lucrativo o sin objetivos económicos; pero en esfera que no sea de la Administración Pública en ninguna de sus categorías, de la nacional a la municipal**". (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual; Guillermo Cabanellas; tomo III, E-I; Editorial Heliasta; Buenos Aires; 1979; revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá-Zamora y Castillo).*

*"Así mismo, "cargo" es, juridicamente, **responsabilidad** que se atribuye a alguien./ Dignidad, empleo u oficio que confiere la facultad de ejercer determinada función pública y la de percibir, en su caso, ciertos derechos" (Guillermo Cabanellas; obra citada, tomo II; C-D.*

"Otros autores como Joaquín Escriche y Eduardo J. Couture definen de manera similar estos dos vocablos, en sus respectivos diccionarios.

"Esto significa, entonces, que ambas denominaciones, cargo y empleo, tienen por lo menos dos connotaciones que son relevantes enfrente de la disposición constitucional en estudio; la primera, la de vínculo laboral; y la segunda, la de dignidad, tarea o encargo.

"En tratándose de la primera, estaremos en presencia de un contrato de trabajo o de una relación legal y reglamentaria, o de derecho público; y en lo que hace con la segunda, ante una persona que no tiene una relación laboral, pero que por la importancia o transcendencia de la dignidad o encargo que se le ha confiado podría verse abocada a tomar partido en una u otra dirección; y por ende, a comprometer los intereses de ese ente u organismo, y eventualmente, los suyos propios.

"Del texto de la Carta parece derivarse la interpretación de que ningún congresista puede detentar, simultáneamente con esa investidura, una relación contractual laboral con empleadores privados o públicos; ni una relación de derecho público distinta con un organismo oficial.

"Sin embargo, podría tener una dignidad, tarea o encargo con entes del sector privado, en tanto no se vea afectada su tarea como congresista, ni comprometida su responsabilidad enfrente del pueblo que lo eligió, por manera que pudiese terminar defendiendo o representando, al mismo tiempo, intereses privados y los públicos propios de su calidad de vocero popular".[1]

Por su parte, el art. 17 de los estatutos del Banco de Colombia a que ya se hizo referencia, establece que por ser nombrado miembro de la Junta Directiva no se adquiere la calidad de funcionario público y sus inhabilidades e incompatibilidades son las del Decreto 400 de 1986 norma que hace relación a las establecidas para con dicha entidad.

Ahora bien, debe precisarse que el retiro de un miembro de la Junta Directiva puede efectuarse por renuncia o por remoción, conforme lo prevé el art. 16 del Decreto 1482 de 1986 y su período es de dos años a partir de la posesión. Esta disposición fue reformada por el Decreto 494 de 1989, en aspectos distintos a lo anterior.

La misma disposición de los estatutos del Banco, contempla que los directores solo quedan relevados cuando se posesione y asuma funciones quien sea nombrado en reemplazo.

---

[1] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora, Exp. AC-1351, Actora: Ligia Flor Sánchez de Mendoza, Sentencia de 22 de marzo de 1994.

Ahora bien, por circular externa 029 de 1989 la Superintendencia Bancaria interpretó que quien se desempeña como miembro suplente de la Junta Directiva, no requiere de nueva posesión en caso de ser nombrado como miembro principal.

Es procedente verificar los aspectos fácticos del caso en estudio:

Por Decreto 421 del 2 de marzo de 1987, el Presidente de la República nombró como miembro suplente de la Junta Directiva del Banco de Colombia al señor Alberto Montoya Puyana.

Mediante Decreto 2100 del 11 de septiembre de 1990, el Presidente de la República nombró al señor Montoya Puyana como miembro principal de la Junta Directiva en representación de los sectores económicos.

Por último, por decreto 2427 del 29 de octubre de 1991, fue nombrado el señor Carlos Sanclemente Orbegozo como miembro de la junta directiva del Banco de Colombia en reemplazo de Alberto Montoya Puyana, a quien se afirma en el decreto, se le acepta la renuncia.

En tales condiciones debe precisarse que a partir del nombramiento del reemplazo, quien venía desempeñándose como miembro suplente, es decir, desde el 29 de octubre de 1991, el señor Montoya Puyana dejó de pertenecer a la Junta Directiva en cuestión.

Ahora bien, de las pruebas allegadas se deduce claramente que la última sesión de junta directiva a la que asistió el señor Montoya Puyana fue la realizada en agosto de 1991 (fls. 201 y s.s.).

Pero, aun dejando de lado el aspecto de la calidad que tenía el señor Montoya Puyana cuando le fueron suministrados por el Banco los pasajes en cuestión, es decir, sea que se tome como fecha de desvinculación de la junta directiva el 29 de octubre de 1991 o el 28 de noviembre del mismo año, se observa que el ejercicio del cargo como Senador comenzó con posterioridad a dichas fechas, pues la posesión se realizó el 1o. de diciembre de 1991 (fl. 18 bis), y desde dicha fecha comenzó la incompatibilidad establecida en la norma invocada, conforme se señaló atrás.

Como el cargo se fundamenta en la expedición de tres pasajes aéreos a nombre del señor Montoya Puyana en diciembre de 1991, cuando ejercía su cargo de Senador y para asistir a reuniones de junta directiva en la ciudad de Bucaramanga, debe precisarse:

Conforme a las pruebas recogidas, el Banco expidió tres pasajes aéreos al señor Montoya con fechas 6, 12 y 26 de noviembre de 1991 a título personal y no para asistir a reuniones de junta directiva pues a tales reuniones sólo acudió hasta agosto de 1991, como aparece demostrado.

Ahora bien, la Sala observa que la demanda toma como fecha de expedición de los pasajes la de contabilización del gasto en cuestión (diciembre de 1991) por parte de la entidad bancaria, lo que resulta inaceptable para demostrar el hecho alegado en el presente proceso, por cuanto, dicha contabilización depende del trámite interno del Banco y, en todo caso, es ajena a la voluntad del señor Montoya.

Así las cosas, debe concluirse que no se configuró la incompatibilidad alegada porque no hay desempeño simultáneo del cargo de Senador y de empleo público o privado.

En consecuencia, por este aspecto debe denegarse la solicitud.

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

FALLA:

Denegar la solicitud de pérdida de investidura del Senador Alberto Montoya Puyana, elevada por el señor Tiberio Villarreal Ramos.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su Sesión de fecha diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Nubia González Cerón, Secretaria General.

CONGRESISTA–Inhabilidades/PERDIDA DE LA INVESTIDURA/ EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/VALORES CONSTITUCIONALES–(Aclaración de Voto)

El fallo en todo su inverso, la rinde culto a la normatividad constitucional, pero no al Derecho Constitucional. Y afirmo esto, porque la Carta de 1991 consagra, a lo largo de su articulado, un sistema de positivación mixto, en el cual se recogen VALORES SUPERIORES DEL ORDEN JURIDICO POLITICO CONSTITUCIONAL, para vivenciar lo cual basta leer el preámbulo de la misma, donde se preceptúa que para fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, se buscará LA JUSTICIA, LA IGUALDAD, LA LIBERTAD y LA PAZ, dentro de un marco jurídico democrático y participativo, que garantice un orden político, económico y social justo. El universo que tiene la normatividad que se recoge en los artículos 179 a 187 de la Constitución resulta, en parte sustancial, INCONSTITUCIONAL, con lo cual me adhiero a la perspectiva jurídica que enseña que es posible encontrar normas constitucionales que violen la Constitución. ¿Los VALORES JUSTICIA, IGUALDAD Y LIBERTAD no resultan acaso violados por el artículo 179 de la Constitución, que en su numeral 4o. preceptúa que de por vida no pueden volver a ser congresistas "QUIENES HAYAN PERDIDO SU INVESTIDURA..."? El derecho no es norma y no es la ley la que se interpreta sino la conducta humana, en su interferencia intersubjetiva. Si el pueblo selecciona, a su talante, sus representantes, ese hecho merece la mayor consideración. El fallo que ordena la pérdida de la investidura no debe ser el fruto de un proceso fácil, montado sobre prueba oficiosa y aplicación mecánica de la norma.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Aclaración de Voto del *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. AC-929. Actor: Tiberio Villarreal Ramos.

Comparto la decisión de fondo pero no las consideraciones, que a mi juicio, han debido tener una filosofía distinta.

El fallo, en todo su universo, le rinde culto a la normatividad constitucional, pero no al Derecho Constitucional. Y afirmo esto, porque la Carta de 1991 consagra, a lo largo de su articulado, un sistema de positivación mixto, en el cual se recogen VALORES SUPERIORES DEL ORDEN JURIDICO POLITICO CONSTITUCIONAL, para vivenciar lo cual basta leer el preámbulo de la misma, donde se preceptúa que para fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, se buscará LA JUSTICIA, LA IGUALDAD, LA LIBERTAD y LA PAZ, dentro de un marco jurídico democrático y participativo, que garantice un orden político, económico y social justo.

Al lado de los VALORES, la ley de leyes consagra PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES, a través de los cuales se delimita el marco político, social y económico, que determinan la forma de ejercicio de los DERECHOS FUNDAMENTALES, lo mismo que los postulados que deben orientar los poderes públicos (artículos 1o. a 10o. de la Constitución Nacional).

Prosiguiendo con el estudio de la escala normativa, vienen luego CLAUSULAS GENERALES, que nos sitúan en el campo de un GRUPO DE DERECHOS FUNDAMENTALES, que se han positivado como tales en la Carta, cuyo real alcance se remite a la expedición de una ley orgánica (artículos 21, 24, 26, 28, 36, 37, 39, 42, 48, 49 y 50), para no citar sino algunos.

Hay también, en la Constitución, NORMAS ESPECIFICAS O CASUISTICAS, a través de las cuales se proclaman una serie de derechos, sin hacer referencia a SU POSTERIOR DESARROLLO LEGISLATIVO, de lo cual se infiere que su sola positivación constitucional configura su real alcance y significación (artículos 14, 22, etc.).

Finalmente, encuentro en el citado estatuto NORMAS DE TUTELA que buscan garantizar los DERECHOS FUNDAMENTALES (Artículo 86).

A la luz de la anterior jerarquía normativa encuentro que el universo que tiene la normatividad que se recoge en los artículos 179 a 187 de la Constitución resulta, en parte

sustancial, INCONSTITUCIONAL, con lo cual me adhiero a la perspectiva jurídica que enseña que es posible encontrar normas constitucionales que violen la Constitución. Entre los doctrinantes se destaca el pensamiento del Profesor Antonio E. Pérez Luño, quien enseña:

> "Partiendo de una teoría general de la Constitución, la normatividad de los valores y los principios se prueba por la existencia de las denominadas "NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES" (*Verfassungswidrige Verfassungsnormen,* en la terminología de la doctrina alemana), con lo cual se intenta subrayar LA PRIMACIA HERMENEUTICA DE LOS VALORES, hasta el punto de determinar LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS PROPIAS NORMAS CONSTITUCIONALES QUE CONTRADIGAN SU SENTIDO..." (Los Derechos Fundamentales. Tercera Edición, Tecnos, página 62) (destacado nuestro)

En este momento del discurso, me pregunto: ¿Los VALORES JUSTICIA, IGUALDAD y LIBERTAD no resultan acaso violados por el artículo 179 de la Constitución, que en su numeral 4o. preceptúa que de por vida no pueden volver a ser congresistas "QUIENES HAYAN PERDIDO LA INVESTIDURA..."? ¿Acaso eternizar el castigo no equivale a eternizar el mal, como lo enseñaba el teólogo evangélico Rothe en 1869? ¿Un ordenamiento positivo JUSTO podrá consagrar una sanción de por vida? ¿Un ordenamiento JUSTO podrá disponer que no se puede ser congresista, porque en un momento dado de la existencia se profirió, en contra del parlamentario, una condena a pena privativa de la libertad?

¿El valor IGUALDAD acaso no se compromete cuando se dispone, en forma muy general, que no podrá ser congresista el que desempeñe cargo privado? ¿Acaso no será menester estudiar y definir, a la luz de lógica de lo razonable, si el ejercicio de ese encargo compromete seriamente la labor del parlamentario? ¿Será que éste no puede ser el administrador del edificio en que vive, o el Presidente de la Junta del Colegio donde estudian sus hijos?

El proceso orientado a decretar la pérdida de la investidura no puede convertirse en una cacería de brujas. Tampoco se puede manejar la ilusión de que montando sentencias de condena sobre contratos con una cuantía de QUINIENTOS MIL PESOS ($500.000.oo), se va a moralizar el país. El derecho no es norma y no es la ley la que se interpreta sino la conducta humana, en su interferencia intersubjetiva. Ello demanda del juez gran ponderación y esfuerzos superiores para no fallar bajo los efectos de los PREJUICIOS SUBLIMINALES.

Me preocupa que en los procesos orientados a que se decrete la pérdida de la investidura prevalezca la escuela de la exégesis, el dogmatismo, la creencia muy generalizada de que el derecho es norma y nada más que norma. Manejando esta

perspectiva jurídica se pueden cometer muchas injusticias. Esta verdad jurídica lleva al jurista Karl Larenz, a enseñar:

> "En el curso del siglo XIX, la dogmática degeneró en un conceptualismo estrecho, que constituyó un serio obstáculo para la evolución de la jurisprudencia y del mundo del comercio jurídico. Ello hizo nacer reacciones de diferente signo contra el **"positivismo jurídico"** y el **"positivismo legal"** términos con los cuales la mayor parte de las veces entendemos sólo una sobrevaloración de la ley y de la dogmática orientada hacia la ley **y una subvaloración de los elementos creativos, singularmente de la jurisprudencia, del sentimiento jurídico, de la intuición de lo que ESSSER ha llamado una profundización en las posibilidades de la evidencia que existen en la valorización predogmática"** (Derecho Justo. Editorial Civitas, página 25).

La preocupación que confieso nace del respeto que me merece la democracia representativa. Si el pueblo selecciona, a su talante, sus representantes, ese hecho me merece la mayor consideración. El fallo que ordena la pérdida de la investidura no debe ser el fruto de un proceso fácil, montado sobre prueba oficiosa, y aplicación mecánica de la norma. En un país enfermo de envidia y manejado en muchas de sus áreas ciudadanas por el **"rumor"** o el **"chisme"**, se impone el máximo de prudencia jurídica. Si se entiende por régimen democrático –como lo enseña **Norberto Bobbio**– "... el conjunto de reglas de procedimiento para la formación de decisiones colectivas, en las cuales está prevista y facilitada la participación más amplia posible de los interesados", se debe tener mucha cautela al decidir romper el marco inicial que el pueblo se dio para la toma de tales decisiones. Haciendo nuestras, las palabras del citado maestro y filósofo, nos resistimos a contribuir, en casos como el presente, a destruir nuestra democracia "... siempre frágil, siempre vulnerable, corrompible y a menudo corrompida, para hacerla perfecta". No nos seduce la acción de aquellos que... "tomando la imagen **Hobbesiana,** se comportan como las hijas de **Pelias,** que despedazaron a su viejo padre para resucitarlo..." (El Futuro de la Democracia, Plaza Janes, páginas 15 y s.s.).

Con toda consideración,

Julio César Uribe Acosta.

DERECHO DE DEFENSA/ENTIDAD FINANCIERA/SANCION POR DESENCAJE/SUPERINTENDENCIA BANCARIA/FACULTAD SANCIONATORIA

No es que la sección desconozca la existencia del derecho al debido proceso y en particular al derecho de defensa que tiene toda persona, sino que considera que, en razón de tratarse de una situación jurídica de "características especiales que implica la comunicación permanente entre administración y la entidad vigilada, no puede afirmarse que ésta resulta "sorprendida" con la sanción, cuando ella está prevista en el ordenamiento jurídico sin que deba cumplirse un procedimiento especial, y la conducta sancionada establece con base en los informes financieros elaborados por el propio ente vigilado y por él presentados a la Superintendencia "lo cual la Sala, se repite, no encuentra que desco-nozca lo expresado jurisprudencialmente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia invocada por el apoderado de la actora-recurrente.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. S-346. Actor: Corporación Cafetera de Ahorro y Vivienda.

La Sociedad demandante dentro del proceso de la referencia, por conducto de su apoderado especial, interpuso Resurso Extraordinario de Súplica contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, con fecha trece (13) de agosto de 1993, por la cual se confirmó el fallo

de 15 de diciembre de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que denegó las pretensiones de la demanda.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA SUPLICADA

Para adoptar su decisión, la Sección Cuarta de la Sala se fundamentó en las siguientes consideraciones, en síntesis:

1a. El problema planteado por el apelante, desde la presentación de la demanda, se concreta en la violación del derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Carta Política de 1886 y demás normas alusivas al comportamiento en la inspección y vigilancia del sistema financiero.

Sobre dicho tema, en la facultad sancionatoria que le asiste a la Superintendencia Bancaria, la Sala se ha pronunciado en repetidas ocasiones y de manera uniforme en abundante jurisprudencia, y en particular en la sentencia de junio 26 de 1987, expediente 1028, ponente Jaime Abella Zárate, en donde se expresó:

"1. DERECHO DE DEFENSA.

"En el caso de autos, la Superintendencia Bancaria impuso una sanción, de conformidad con las disposiciones que señalan las infracciones a las normas sobre encaje, establecen sus sanciones y le atribuyen la competencia para imponerlas, como son la Ley 7 de 1973, artículo 23, literal a), y la Resolución 48 de 1981, artículo 1o., de la Junta Monetaria.

"Ni dichas normas, ni otras relacionadas con el tema, establecen formas, trámites, requisitos o procedimientos especiales para imposición de sanciones por desencaje a las entidades financieras y, no es cierto que sólo se pueda imponer sanciones cuando ""... el legislador haya establecido un procedimiento acorde con el respectivo juicio"", ya que pueden presentarse como en este caso, situaciones administrativas, en las cuales en razón del interés público, la situación del administrado y de la naturaleza misma de la competencia administrativa de que se trate, el legislador simplemente establezca la falta y la sanción, sin prescribir ritualidades.

"La Superintendencia Bancaria ejerce una función de vigilancia que tiene carácter de policía administrativa, respecto de las entidades financieras, la cual ejerce de manera permanente e ininterrumpida, a través de diferentes instrumentos, los cuales van desde la simple presentación de informes hasta la toma de posesión de la entidad vigilada, y con la previsión de mecanismos coercitivos y sancionatorios.

"Dentro de este contexto, la sanción impuesta por la Superintendencia Bancaria forma parte de los mecanismos con que ella cuenta para mantener aquellas condiciones

propias del sector financiero que le dan características de confianza y seguridad ante los asociados.

"Y como se trata de una situación jurídica de características especiales que implica la comunicación permanente entre la administración y la entidad vigilada, no puede afirmarse que ésta resulta ""sorprendida"" con la sanción, cuando ella está prevista en el ordenamiento jurídico sin que deba cumplirse un procedimiento especial, y la conducta sancionada se establece con base en los informes financieros elaborados por el propio ente vigilado y por él presentados a la Superintendencia.

"No puede entonces, a juicio de la Sala, afirmarse que ""se inicia o pone fin a una actuación administrativa"" con la imposición de una sanción por desencaje para pretender aplicar las normas generales del Código Contencioso Administrativo, "cuando se trata de una relación continua de vigilancia administrativa, regulada por normas propias, las cuales no consagran un procedimiento especial, precisamente por la naturaleza de la relación existente entre la administración y las entidades vigiladas..."

"La autoridad administrativa, no puede inventar trámites o procedimientos no previstos en la ley, ya que la función administrativa que le es propia está subordinada y debe ejercerse dentro del principio de legalidad".

"Así las cosas, existiendo norma expresa que regula específicamente la infracción y la sanción y que por la naturaleza de la actividad misma, no existe un procedimiento o trámite especial, no puede afirmarse que con el acto demandado se desconoció el derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional".

"Mas, si se tiene en cuenta que la infracción sancionada se estableció con fundamento en los informes presentados por el mismo banco, y en las liquidaciones hechas por la Superintendencia, de cuya comparación surge la verificación de la infracción. Y aunque a esos informes no se les pueda dar el carácter de una confesión, con todas las características que a dicho medio de prueba, le reconoce el derecho probatorio, no hay duda que objetivamente está comprobada la comisión de la infracción en cuanto se trata de informes financieros, tomados de los libros de contabilidad, los cuales tienen el valor probatorio que les reconocen los artículos 68 y siguientes del Código de Comercio y este aspecto no fue desvirtuado...".

"Por su parte, la Superintendencia Bancaria bien podía solicitar explicación antes de imponer una sanción por desencaje, cuando lo considerase necesario, tal como lo ha hecho en los casos mencionados por el apelante, pero el no hacerlo, no implica el desconocimiento del derecho de defensa ya que no existe norma que le dé a dicho trámite el carácter de obligatorio.

"A juicio de la Sala, el tan alegado derecho de defensa se ejecer no sólo, antes de la expedición del acto administrativo, sino también a través de los recursos propios de

la vía gubernativa; por eso llama la atención a la Sala el que la parte actora alegue que se le ha desconocido su derecho de defensa porque no se le solicitaron explicaciones, no previstas en la ley, pero no les ejerció en cuanto no interpuso el recurso de reposición".

El anterior, concluye la Sección, constituye el criterio que sobre el punto en litis tiene la Sala, y no existe fundamento legal alguno que permita variarlo, razón por la cual, en este aspecto habrá de confirmarse lo resuelto al respecto por el Tribunal *a-quo.*

2a. A continuación la Sección se refiere al cargo de nulidad de los actos administrativos enjuiciados planteado igualmente por la demandante, consistente en la causal de "falsa motivación", causal que no encuentra configurada, razón por la cual se concluye que, desde este otro punto de vista, también debe confirmarse la sentencia del *a-quo.*

Como en relación con dicho cargo, la parte actora-recurrente no considera que se hubiere acogido criterio jurisprudencial contrario al de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, no es del caso transcribir o sintetizar las razones que llevaron a la Sección a la conclusión de que no se configura el vicio de nulidad denominado "falsa motivación".

FUNDAMENTOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA

Según la parte actora-recurrente, con la expedición de la sentencia suplicada se contrarió la jurisprudencia que consta en sentencia de 1o. de septiembre de 1987, dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en lo que dice:

"1. Violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

"Establece el citado precepto constitucional:

""Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

""En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable"".

"El llamado derecho de defensa que consagra el artículo antes transcrito consiste en la garantía de no ser juzgado sin el lleno de los siguientes requisitos:

"a) Que la ley que se aplique sea preexistente al acto que se impute, salvo que se trate de una disposición penal permisiva o favorable. Por lo mismo, esa ley debe ser

preexistente al hecho o al acto que se tiene como generador del derecho que se pretende en juicio.

"b) Que el juzgamiento se efectúe ante juez o tribunal competente.

"c) Que se hayan observado en su integridad las normas que regulan el respectivo proceso.

"Esa garantía se extiende al ámbito de las decisiones administrativas, lo que implica una generalización de los requisitos a que se refieren los literales b) y c) precedentes, que deben entenderse referidos a toda autoridad y al procedimiento que les corresponde aplicar" (Anales del Consejo, t. CXIII, nums. 493-494, V.II, ps. 1.764 y 1.765).

A continuación el señor apoderado de la sociedad recurrente expresa el "concepto en que fue contrariada la jurisprudencia citada", observando que en desarrollo del art. 26 de la anterior Carta Política, en el art. 5o. de la Ley 58 de 1982 se dispuso expresamente que las actuaciones administrativas se cumplirían con arreglo, entre otros, al principio de audiencia de las partes; en el artículo 28 del C.C.A. se estableció el deber de las autoridades de comunicar a los particulares la existencia de toda actuación administrativa de la que puedan resultar afectados y el objeto de la misma, y consecuentemente, en el artículo 35 ibídem se dispuso que **las decisiones administrativas sólo pueden adoptarse después de haber dado oportunidad a los interesados de expresar sus opiniones.**

Quiere decir lo anterior que cuando, como en el caso presente, se sanciona sin haber informado a los interesados de la existencia de la actuación administrativa y del objeto de la misma, para darles oportunidad de que expresen previamente sus opiniones, se violan los artículos 5o. de la Ley 58 de 1982 y 28 y 35 del C.C.A. y, en consecuencia, se viola el artículo 26 de la Constitución que estaba vigente entonces, sin que sea válido afirmar, como lo sostiene la Sección Cuarta en la sentencia recurrida, que el requerimiento previo no alcanza a generar la nulidad del acto, porque la decisión de la Superintendencia Bancaria fue tomada con base en los informes que le suministró la Corporación demandante; porque la Superintendencia puede solicitar explicaciones antes de imponer sanciones, cuando lo considere necesario, aun cuando no hacerlo no implica el desconocimiento del derecho de defensa, ya que no existe norma que le dé a dicho trámite el carácter de obligatorio; y, porque el tan alegado derecho de defensa se ejerce no sólo antes de la expedición del acto administrativo, sino también a través de los recursos propios de la vía gubernativa.

Por todo lo anterior, solicita el apoderado de la recurrente, se revoque la sentencia suplicada, y en su lugar se disponga la revocación de la sentencia de primera instancia.

LA DECISION

Para resolver, se considera:

El recurso extraordinario interpuesto no está llamado a prosperar, pues haciendo la confrontación entre lo expresado en la sentencia suplicada y lo que reza en los considerandos de la sentencia de la Sala Plena de fecha 1o. de septiembre de 1987, invocada por el apoderado de la recurrente como sustento de aquél, no se encuentra que la Sección haya propiciado el desconocimiento por parte de la Administración, dentro de una actuación o procedimiento administrativo, ordinario o especial, del derecho de defensa como garantía que tienen las personas de ser juzgadas con el lleno de los requisitos de:

a) Que la ley que se aplique sea preexistente al acto que se impute, salvo que se trate de una disposición penal permisiva o favorable;

b) Que el juzgamiento se efectúe ante juez o tribunal competente, y

c) Que se hayan observado en su integridad las normas que regulan el respectivo proceso.

Encuentra la Sala que, simple y llanamente, la Sección en la sentencia recurrida consideró que la sanción se impuso a la actora-recurrente de "conformidad con las disposiciones que señalan las infracciones a las normas sobre encaje, establecen sus sanciones y le atribuyen la competencia para imponerlas", y que en aquellas, ni en otras relacionadas con el tema, se "establecen formas, trámites, requisitos o procedimientos especiales para imposición de sanciones por desencaje a las entidades financieras...", en atención a que se está ejerciendo una función de vigilancia que tiene el carácter de policía administrativa, respecto de las entidades financieras, las cuales, por lo demás, se encuentran con la Superintendencia en una relación jurídica que implica la comunicación permanente mediante los informes que debe presentar periódicamente la entidad vigilada a aquella, razón por la cual, entonces, no puede afirmarse que con la expedición del acto acusado se haya visto sorprendida con una decisión que se adopta basada en dichos informes, y que, como consecuencia, entonces, se haya desconocido el derecho de defensa.

En otras palabras, no es que la Sección desconozca la existencia del derecho al debido proceso y en particular el derecho de defensa que tiene toda persona, sino que considera que, en razón de tratarse de una situación jurídica de "características especiales que implica la comunicación permanente entre administración y la entidad vigilada, no puede afirmarse que ésta resulta ""sorprendida"" con la sanción, cuando ella está prevista en el ordenamiento jurídico sin que deba cumplirse un procedimiento especial, y la conducta sancionada se establece con base en los informes financieros elaborados por el propio ente vigilado y por él presentados a la Superintendencia", lo cual

la Sala, se repite, no encuentra que desconozca lo expresado jurisprudencialmente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia invocada por el apoderado de la actora-recurrente.

En consecuencia, el recurso extraordinario de súplica no está llamado a prosperar.

Por lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

NO PROSPERA el recurso extraordinario de súplica interpuesta contra la sentencia de trece (13) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993), proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en el proceso de la referencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE A LA SECCIÓN CUARTA.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiséis (26) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Miren De La Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández* (ausente), *Julio César Uribe Acosta* (salvó voto), *Miguel Viana Matiño, Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

DERECHO DE DEFENSA–Violación–(Salvamento de Voto)

Preocupa a quien suscribe la perspectiva de interpretación que la Sala Plena de la Corporación puso en marcha al resolver el recurso de Súplica, pues con ella se viola el derecho fundamental de defensa. Por lo demás, un ESTADO SOCIAL DE DERECHO no puede operar con funcionarios que a cada paso gustan de poner en marcha la filosofía dañina que enseña que: EL PODER CONSISTE: LO PRIMERO EN PODER, LO SEGUNDO EN PODER, Y LO TERCERO, TAMBIEN EN PODER.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Salvamento de Voto del *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. S-346. Actor: Corporación Cafetera de Ahorro y Vivienda "Concasa". Demandado: La Nación - Superintendencia Bancaria.

No comparto la decisión que se toma en la sentencia calendada el día dos (2) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994), proferida dentro del proceso del rubro, porque ella no le rinde culto ni a la ley ni al derecho. Por lo demás, no es una decisión justa.

Con la venia del doctor JAIME OSSA ARBELAEZ, Procurador Tercero Delegado, y el doctor GUILLERMO CHAHIN LIZCANO, quien se apartó de la decisión tomada por la Sección Cuarta el día trece (13) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993), hago mías las reservas de universo jurídico que ellos hacen a las providencias que han desatado el presente conflicto de intereses.

Preocupa a quien suscribe la perspectiva de interpretación que la Sala Plena de la Corporación puso en marcha al resolver el recurso de Súplica, pues con ella se viola el derecho fundamental de defensa. Por lo demás, un ESTADO SOCIAL DE DERECHO no puede operar con funcionarios que a cada paso gustan de poner en marcha la filosofía dañina que enseña que: EL PODER CONSISTE: LO PRIMERO EN PODER, LO SEGUNDO EN PODER, Y LO TERCERO, TAMBIEN EN PODER.

Atentamente,

Julio César Uribe Acosta.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA–Técnica

La Sala hace notar, en primer lugar, que de acuerdo con jurisprudencia reiterada, para efectos del recurso extraordinario de súplica se tiene como jurisprudencia de la Corporación la contenida en providencias de la actual Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o de las antiguas Sala de lo Contencioso Administrativo o Sala de Negocios Generales, mas no en providencias de las Secciones en que se divide la actual Sala de lo Contencioso Administrativo.

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES/CONSEJO DE ESTADO–Conocimiento/**JURISDICCION/COMPETENCIA**

La providencia recurrida evidentemente contraría la jurisprudencia contenida en la citada sentencia de la Corporación. En caso de indebida acumulación de pretensiones por falta de competencia o jurisdicción respecto de algunas de ellas debe admitirse la demanda en relación con las que se sean de competencia o jurisdicción del Consejo de Estado para adelantar el proceso en relación con ellas, mediante el auto recurrido se inadmitió la demanda por considerar "que la función de la jurisdicción contencioso administrativa es exclusivamente la de decidir –en este evento–, en cuanto a la legalidad de los actos acusados proferidos por el Ministerio, pero no en relación con las pretensiones sobre restablecimiento del derecho, en cuanto se hace provenir de la terminación de los contratos de trabajo...".

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. S-313. Actor: Carlos Arturo Acuña Corredor y otros.

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto proferido por la Sección Segunda de esta Corporación, de fecha 4 de mayo de 1993, mediante el cual se revoca el auto que admitió la demanda y en su lugar resolvió inadmitirla.

I-. ANTECEDENTES

De acuerdo con el expediente y el resumen de los hechos presentados por la misma parte demandante, los antecedentes pueden resumirse así:

1.– Un número plural de trabajadores del Banco de la República, vinculado contractualmente, fue despedido en forma simultánea sin justa causa y con pago de indemnización.

2.– Los interesados acudieron ante el Ministerio de Trabajo para que declarara el despido como colectivo, lo cual fue negado por el Ministerio invocando normas no laborales.

3.– Contra los actos administrativos proferidos por el Ministerio de Trabajo, los interesados formularon demanda, en acción de restablecimiento de carácter laboral, en la cual se pedía la nulidad de los actos administrativos y el restablecimiento del derecho consistente en lo siguiente:

> "2.1. Declarar que de conformidad con el artículo 40 del Decreto Ley 2351 de 1965 se configuró como despido colectivo el efectuado entre los días 19 y 27 de diciembre de 1990, sin justa causa y con pago de indemnización, del número plural de trabajadores integrado por mis Mandantes, por parte del Banco de la República, y
>
> "2.2. Consecuencialmente Declarar que de conformidad con el numeral 5o. del artículo 40 del Decreto Ley 2351 de 1965 'se dará aplicación al artículo 140 del Código Sustantivo de Trabajo'".

4.– Mediante auto del 25 de agosto de 1992, con ponencia del H. Consejero doctor Reinaldo Arciniégas Baedecker, se admitió la demanda y se negó la suspensión provisional de los actos acusados.

5.– La señora Procuradora Novena Delegada ante esta Corporación interpuso recurso de reposición contra el auto anterior, a fin de que se revocara y se rechazara

la demanda, "en relación con la pretensión 2, de restablecimiento del derecho, por falta de jurisdicción e indebida acumulación de pretensiones".

6.– Al decidir el recurso planteado, la Sección Segunda, mediante auto del 4 de mayo de 1993, contra el cual se dirige el recurso extraordinario de súplica, revocó el auto admisorio y en su lugar decidió inadmitir la demanda.

II–. EL AUTO RECURRIDO

Para tomar la decisión recurrida, la Sección Segunda se fundamentó en las siguientes razones:

"Contra la decisión o acto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que califica el despido proceden las acciones contencioso administrativas, cuyo conocimiento le está atribuido a esta jurisdicción, pero las consecuencias que de allí puedan derivarse en el supuesto de que los actos se declaren nulos no son de su conocimiento por disposición del precepto". Se refiere la Sala al artículo 40 del decreto 2351 de 1965, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968, el cual dispone que deberá solicitarse autorización previa al Ministerio de Trabajo, el que a su juicio en cada caso, "determinará cuándo una empresa o patrono ha efectuado un despido colectivo de trabajadores", pero las indemnizaciones a que haya lugar por la violación de las disposiciones "se harán efectivas por la justicia del trabajo". A su vez, el artículo 40 del Decreto 1469 de 1978 dispone que los trabajadores afectados por la determinación del empleador "se encontrarán en la situación prevista por el artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo" y en el 43 *ibídem* se consagra nuevamente la disposición, respecto de las indemnizaciones, en el sentido indicado.

Agrega la Sección Segunda "que la función de la jurisdicción contencioso administrativa es exclusivamente la de decidir –en este evento–, en cuanto a la legalidad de los actos acusados proferidos por el Ministerio, pero no en relación con las pretensiones sobre restablecimiento del derecho, en cuanto se hacen provenir de la terminación de los contratos de trabajo, como bien lo advierte la Colaboradora Fiscal".

Termina argumentando que "el artículo 2o. del C.P.L. establece que esa jurisdicción está 'instituida para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo" y no cabe duda de que la solicitud de restablecimiento se deriva en forma directa de la terminación de esos contratos, como consecuencia del conflicto surgido entre la entidad y sus trabajadores. De otro lado, los artículos 131 y 132 del C.C.A. disponen que la jurisdicción conoce de los procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, por lo que cualquier pronunciamiento en relación con peticiones derivadas del mismo –como sería el caso de las que contiene el libelo–, son ajenas a su conocimiento.

III-. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado de los recurrentes expresa como fundamentos de su recurso "que se pide del Consejo de Estado, la calificación del despido como colectivo y de ninguna manera, como se dio la confusión (sic), el que el Consejo calificara la inexistencia de justa causa o la procedencia del pago de indemnización, por la elemental razón de no exigir ello calificación, dado que fácticamente así se había dado.

"El acto administrativo del Mintrabajo acusado negó calificar el despido como colectivo y se acusó para lo contrario, esto es, para que el H. Consejo de Estado sobre los presupuestos fácticos y en particular sobre el del despido incausado e indemnizado, simultáneo y plural, declarara la existencia del despido colectivo, independientemente de que el vínculo hubiere sido contractual, pues lo demandado es el acto administrativo del Ministerio de Trabajo que negó el despido colectivo.

"Y en cuanto al restablecimiento, se transcribió en la demanda, entre comillas, el previsto por la ley, esto es, que al anularse el acto que negó la calificación de despido colectivo y al calificar el H. Consejo de Estado como despido colectivo, su consecuencia es la prevista en la ley laboral, sin que de ninguna manera se hubiere pedido ni pretendido, como tampoco se puede interpretar (como erróneamente se hizo), petición **de condena,** esa sí propia de la jurisdicción laboral, sino simple y llanamente, una declaración consecuencial y textual prevista en la ley".

Concluye que "por las razones expuestas, no hay indebida acumulación de pretensiones y aun en el supuesto de que la hubiera, esta jurisdicción sí es competente para conocer sobre la legalidad del acto administrativo acusado, como se acepta en el párrafo 2o. de la hoja No. 5, debiendo por tanto, tramitar el proceso y en el momento de dictar sentencia, fallar sobre lo que se estima competente e inhibirse para lo que no, pero no purgar lo uno con lo otro, como lo hizo en la providencia recurrida".

Como jurisprudencia contrariada se cita la contenida en las siguientes providencias:

1.- Sentencia de fecha julio 16 de 1977, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, actor: Industria de Cobre y Aluminio, Exp. 2820, Anales 1977, Tomo XCIII, Ponente Dr. Carlos Aníbal Restrepo, de la cual se cita el siguiente aparte:

"'... acogida por la **Sala Plena del Consejo de Estado.** Allí se lee:

"... ella deberá admitirse en cuanto aquellas que sean de competencia del Consejo del Estado... la sentencia deberá decidir sobre aquella cuya calificación compete al Consejo e inhibitoria de resolver en cuanto a las demás'".

2.– Sentencia de fecha abril 19 de 1977, Sala Plena de lo Contencioso, Exp. No. 10015, Ponente: Dr. Miguel Lleras Pizarro, actor: Malterías de Colombia S.A., de la cual se cita el siguiente párrafo:

> "'El pensamiento actual del Consejo de Estado considera que la Indebida Acumulación de Pretensiones (Art. 82 del C.P.C.) no puede llevar a una decisión inhibitoria total por ineptitud sustantiva de la Demanda, como creía la doctrina tradicional sino que de acuerdo con la concepción procesal moderna, el juzgador en esta hipótesis, deberá decidir de fondo la pretensión que estime procedente y que sufrieron el trámite con rigor e inhibirse en el resto...'".

Finalmente el apoderado de los demandantes hace referencia al principio de prevalencia del derecho sustancial (art. 228 de la Constitución), al derecho de acceso a la justicia (art. 229), al Estado Social de Derecho (art. 1o.) y al principio de que el trabajo goza de una especial protección (art. 25), sustentando su vigencia en dos fallos de la Corte Constitucional, de los cuales cita algunos apartes.

IV–. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala hace notar, en primer lugar, que de acuerdo con jurisprudencia reiterada, para efectos del recurso extraordinario de súplica se tiene como jurisprudencia de la Corporación la contenida en providencias de la actual Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o de las antiguas Sala de lo Contencioso Administrativo o Sala de Negocios Generales, mas no en providencias de las Secciones en que se divide la actual Sala de lo Contencioso Administrativo.

En ese orden de ideas se tiene:

1.– No es procedente el análisis del recurso planteado a la luz de la sentencia del 16 de julio de 1977, citada, por ser ella emanada de la Sección Segunda de la Corporación. Sobre el particular debe hacerse notar que si bien el aparte transcrito por el recurrente efectivamente se refiere en forma expresa a una presunta tesis "acogida por la Sala Plena del Consejo de Estado", ni en el texto de la sentencia de la Sección Segunda ni en el escrito del recurso extraordinario se identifica la providencia de Sala Plena en la cual se haya expresado esa tesis. La realidad es que el texto completo y exacto de la sentencia de Sección aludida dice lo siguiente:

> "Refuerza lo aquí expuesto el salvamento de voto el auto de julio 9 de 1974 de los Consejeros Juan Hernández Sáenz y Carlos Portocarrero Mutis; salvedad que posteriormente fue acogida por la Sala Plena del Consejo de Estado. Allí se lee: ...".

En consecuencia, tratándose de un salvamento de voto que según la Sección Segunda fue acogido posteriormente por la Sala Plena, sin que se identifique la

providencia de esta última en la cual se haya acogido la tesis del citado salvamento, no es posible tener en cuenta la providencia de Sección citada, para efectos de resolver el presente recurso de súplica.

2.– En relación con la sentencia de fecha abril 19 de 1977, de la que fue ponente el doctor Miguel Lleras Pizarro y actor: Malterías de Colombia S.A., se trata efectivamente de un fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo, publicada en los Anales del Consejo de Estado, 1977, Primer Semestre, Tomo XCII, págs. 246 y ss.

En esta sentencia, si bien no aparece el párrafo que transcribe el actor en los términos exactos de su transcripción, sí se encuentran en su parte considerativa diversas afirmaciones sobre el tema, como las siguientes, tomadas, a su vez, de la sentencia de Sala Plena de fecha 5 de octubre de 1976, Radicación No. 10041, que adopta para fundamentar la sentencia que en este recurso se estima contrariada:

"II. Consecuencias de la indebida acumulación de acciones.

"'Aceptando la Sala que ha habido en este juicio una indebida acumulación de acciones, como sostiene el auto recurrido, debe analizarse cuáles son las consecuencias de ese error procedimental en que incurrió el demandante.

"1. La tesis tradicional del Consejo de Estado.

"'La tesis o práctica tradicional del Consejo de Estado, en casos como el de autos, ha consistido en admitir el libelo y, al dictar la sentencia definitiva, estudiar la cuestión de la competencia, a fin de pronunciarse sobre la acción que es de su competencia, y, en cambio inhibirse para decidir sobre la acción o acciones que no le están atribuidas en las normas sobre competencia...".

"'La Sala considera que debe modificarse esta tesis. Si el Consejo tiene la convicción de que es competente para conocer de unas acciones e incompetente para conocer de otras, es preferible que haga este estudio al dictar el auto admisorio de la demanda, para aceptar el libelo exclusivamente en lo que sea de su competencia. Por lo demás, resulta injusto con la parte demandante admitir la demanda en su integridad, tramitar todo el juicio, exigirle que presente las pruebas necesarias, con las erogaciones que todo ello representa, para llegar al final, al proferir sentencia, a inhibirse para fallar sobre la acción o acciones que no son de competencia del Consejo. En gracia de la economía procesal resulta más adecuado hacer el estudio sobre la competencia al dictar el auto admisorio; nada impide procedimentalmente, en los juicios administrativos, hacerlo así.

"'2. La tesis del auto suplicado. Concepto de la Sala.

"'El Consejero sustanciador, en el auto recurrido, considera que debe negarse la admisión de la demanda a causa de la indebida acumulación de acciones.

"'La Sala no está de acuerdo con tal tesis por las siguientes razones:

"'a) Al no admitir la demanda, por el error procedimental anotado, se vulnera el derecho sustantivo de la parte demandante...'".

"'De este modo, es preferible dar aplicación al artículo 472 del Código Judicial, según el cual 'los funcionarios del orden judicial, al proferir sus decisiones, deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, y por consiguiente, con este criterio han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho', y, así, admitir el libelo en aquella parte que le está atribuida al Consejo de Estado...'".

Son suficientes los párrafos transcritos para constatar que la providencia recurrida evidentemente contraría la jurisprudencia contenida en la citada sentencia de la Corporación.

En efecto, mientras el sentido de esta última es que en caso de indebida acumulación de pretensiones por falta de competencia o jurisdicción respecto de algunas de ellas debe admitirse la demanda en relación con las que sean de competencia o jurisdicción del Consejo de Estado para adelantar el proceso en relación con ellas, mediante el auto recurrido se inadmitió la demanda por considerar "que la función de la jurisdicción contencioso administrativa es exclusivamente la de decidir –en este evento–, en cuanto a la legalidad de los actos acusados proferidos por el Ministerio, pero no en relación con las pretensiones sobre restablecimiento del derecho, en cuanto se hacen provenir de la terminación de los contratos de trabajo...".

En consecuencia, encontrándose constatada la contradicción jurisprudencial planteada por el recurrente, el recurso debe prosperar y por ello la Sala procederá a infirmar el auto recurrido y a dictar en su reemplazo la decisión que corresponda.

Para efectos de adoptar la nueva decisión, la Sala recuerda que la providencia infirmada fue el resultado del recurso de reposición interpuesto por la señora Procuradora Novena Delegada ante la Corporación, a fin de que se revocara el auto admisorio y se rechazara la demanda, "en relación con la pretensión 2, de restablecimiento del derecho por falta de jurisdicción e indebida acumulación de pretensiones".

Como la Sala comparte los argumentos de la colaboradora del Ministerio Público, como también los compartió la Sección Segunda como se desprende de las consideraciones del auto infirmado que se transcriben en el punto II de esta providencia, aunque ella le otorgó a esas consideraciones la consecuencia cuestionada en

este recurso, consistente en la inadmisión total de la demanda, la Sala accederá a la petición de la señora Procuradora Delegada en el sentido de que se revoque el auto admisorio de la demanda en cuanto comprende la pretensión de restablecimiento, lo cual implica que dicha admisión queda vigente respecto de la petición de nulidad de los actos administrativos demandados, así como en las demás decisiones adoptadas en el mismo auto.

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

RESUELVE:

Primero.– INFIRMASE el auto de fecha 4 de mayo de 1993, proferido por la Sección Segunda de la Corporación y, en su lugar SE DISPONE:

a) REVOCASE el auto del 25 de agosto de 1992 en cuanto la admisión de la demanda comprende la pretensión 2., de restablecimiento del derecho, respecto de la cual se rechaza.

b) Confírmase el citado auto en todo lo demás.

Segundo.– En firme esta providencia, vuelva el expediente a la Sección Segunda para la continuación del trámite correspondiente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en su sesión de fecha veintiséis (26) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Jaime Abella Zárate* (ausente), *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren De La Lombana de M., Miguel González Rodríguez, Luis Eduardo Jaramilo Mejía, Delio Gómez Leyva, Juan de Dios Montes Hernández, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández* (ausente), *Julio César Uribe Acosta, Miguel Viana Patiño.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RECURSO DE QUEJA/RECURSO DE APELACION–Improcedencia

Como el recurso de queja según el artículo 377 del C. de P. C., sólo tiene por objeto determinar si estuvo bien o mal denegado el recurso de apelación, en el caso que se atiende, a la luz de lo dispuesto por el artículo 181 del C.C.A., y 351 del C. de P.C., como lo señala el *a-quo,* que es evidente que contra dicho auto no procede recurso de apelación, ni existe norma especial que la permita, por lo que se impone convenir en que la actuación del Tribunal en este aspecto estuvo ajustada a derecho.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. Q-018. Recurso de Queja - Auto. Actor: Héctor Onofre Parra Poveda.

El Instituto Colombiano de Reforma Agraria, INCORA, propuso ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con fundamento en el artículo 216 del C.C.A. un "conflicto de jurisdicción" por cuanto considera que el juicio ordinario entablado por la señora María Francisca Rivas de Medina para obtener la resolución del contrato de compraventa sobre el predio BAURA en Purificación (Tolima), ante el Juzgado 13 Civil del Circuito, debe ser tramitado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa y no la ordinaria como lo ha venido haciendo dicho juzgado.

El Tribunal mencionado –Sección Tercera–, mediante auto del 7 de octubre de 1993, no accedió y declaró la falta de jurisdicción para conocer del citado juicio.

(A título simplemente informativo se anota que el criterio del Tribunal en esta materia consiste en que el contrato objeto de la litis es de derecho privado sin cláusula de caducidad que además, no es obligatoria, por lo que con base en el artículo 82 del C.C.A., 16 y 17 del Decreto 222/83 los conflictos originados en el contrato en cuestión son de competencia de la justicia ordinaria).

El apoderado del INCORA interpuso recurso de apelación, el cual no fue concedido mediante auto del 4 de noviembre de 1993 por considerar que dicha providencia no fue señalada por el legislador como susceptible de apelación, lo que se colige del artículo 181 del C.C.A., del 351 del C.P.C., y no existir ninguna otra ley que lo otorgue.

Como el recurso de queja según el artículo 377 del C.P.C., sólo tiene por objeto determinar si estuvo bien o mal denegado el recurso de apelación, en el caso que se atiende, y con relación al auto del 4 de noviembre de 1993 se observa, a la luz de lo dispuesto por el artículo 181 del C.C.A. y 351 del C.P.C., como lo señala el *a-quo,* que es evidente que contra dicho auto no procede recurso de apelación, ni existe norma especial que la permita, por lo que se impone convenir en que la actuación del Tribunal en este aspecto estuvo ajustada a derecho.

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

RESUELVE:

Estímase bien denegado el recurso de apelación contra el auto del 4 de noviembre de 1993, dictado por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Devuélvase al Tribunal de origen para que forme parte del expediente.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de fecha tres (3) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Nubia González Cerón, Secretaria.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA/PRUEBA RECOBRADA– Inexistencia

En el proceso de revisión no puede perderse de vista que el no aportar oportunamente la prueba debe obedecer a alguna de las circunstancias excepcionales señaladas en la ley, por lo que resultan excluidas la culpa, la negligencia o la desidia de la parte a quien perjudica la sentencia, sin que resulten valederas las excusas de dificultarse la obtención del documento, ni los obstáculos para conseguirlo, pues es dable entender que quien promueve una actuación judicial con pretensiones de obtener resultados favorables debe proceder con extremada diligencia antes y no después de producido un fallo contrario a sus intereses.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. REV-054. Actor: Agencia Grulla del Combeima Ltda. Demandado: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de revisión interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 26 de julio de 1991, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante la cual, al desatar el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el fallo de 9 de agosto de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, confirmó el fallo impugnado, denegatorio de las súplicas de la demanda.

I–. ANTECEDENTES

1. Ante el Tribunal Administrativo del Tolima y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la Agencia Grulla del Combeima Ltda. demandó la liquidación oficial de Revisión No. 50 de 2 de junio de 1987 y la resolución No. A-000024-1 de 26 de mayo de 1988, proferida por la División de Recursos Tributarios de Ibagué, para que se le reconocieran los costos por compras rechazadas, y con tal fin presentó certificación del Revisor Fiscal de la Compañía Productos Grulla S.A., de Envigado por valor de $9.188.594 y de Prefabricados Alpha Ltda., en el que aparecen ventas a la Agencia Grulla del Combeima por $1.099.843, para un total de $10.288.437.68.

2. Tramitado el proceso, el Juzgador de primera instancia, mediante sentencia de 9 de agosto de 1989 negó las súplicas de la demanda, providencia que apeló la parte actora y sobre la cual la Sección Cuarta de la Corporación dictó el 26 de julio de 1991 el fallo objeto del presente recurso extraordinario de revisión.

3. En la sentencia cuya revisión se impetra, la Sección Cuarta del Consejo de Estado expresó:

> "Evidentemente, como lo afirma la colaboradora fiscal, la sociedad no podía recurrir a su propia contabilidad que ya había sido objetada sino que ha debido probar que era ella en realidad el destinatario de las ventas, que según las facturas venían a nombre de una sociedad distinta debidamente identificada con su NIT que no corresponde al de la sociedad y que además es de otro domicilio social; pero no comprobó el supuesto de que la facturación se hizo a nombre de otra pero era ella la obligada. Además estima la Sala que se ajusta a derecho la apreciación de la Colaboradora Fiscal cuando afirma que no está demostrada la calidad de revisor fiscal de las personas que firman a nombre de Productos Grulla S.A. y Prefabricados Alpha y Cía., pues la autenticación se refiere a la firma de quienes suscriben tales certificados (V.F. 36, 37, 38) pero en tales certificaciones no se indican los soportes contables; y en cuanto al certificado de folio 37 suscrito por Fabio Murillo C., según el cual en los libros de Prefabricados Alpha & Cía., aparece contabilizada la factura 3281 de marzo 26 de 1984 por $1.099.943.68 de Agencia Grulla del Combeima, se observa igualmente que la Notaría da fe o autentica la firma del señor Murillo pero nada más.
>
> "Queda así, entonces claro para la Sala que la actora no ha logrado comprobar, que las compras facturadas a Agencia Grulla Risaralda NIT 90.409.183 no eran para esta empresa sino para aquella. Por tanto, habrá de confirmarse la sentencia apelada".

II–. LA DEMANDA DE REVISION

Mediante escrito que reposa a los folios 86 a 102 del cuaderno No. 1, la parte actora con fundamento en la causal "descrita en el nuneral 2o. del artículo 188 del C.C.A., y

el artículo 41 del Decreto 2304 de 1989" pretende que "se invalide la sentencia debatida, dictando en su lugar la que deba reemplazarla, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 193 del C.C.A. y criterios doctrinarios".

Relata el recurrente que "El señor LUIS CARLOS CORREA RESTREPO, obrando en calidad de Representante Legal de la sociedad "AGENCIA GRULLA DEL COMBEIMA LTDA.", inició ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO para que se obtuviera LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO compuesto integrado por la Liquidación Oficial de REVISION No. 50, de fecha 2 de junio de 1987 y la Resolución No. A000024-1 de fecha 26 de mayo de 1988, notificada el 13 de julio de 1988 y del FALLO DE PRIMERA INSTANCIA, de fecha 9 de agosto de 1989, proferida por EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, como también EL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA, de fecha 26 de julio de 1991, notificada por EDICTO, de fecha 12 de agosto de 1991, proferido por LA SECCION CUARTA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HONORABLE CONSEJO DE ESTADO de Santafé de Bogotá. Fallo por el cual se confirmó LA SENTENCIA APELADA en la que se pidió LA NULIDAD de la Liquidación Oficial de REVISION No. 50 de fecha 2 de junio de 1987, del IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS por el año GRAVABLE de 1984 del Contribuyente "AGENCIA GRULLA DEL COMBEIMA LTDA.".

Así mismo, hace una transcripción casi total de la sentencia impugnada, con inclusión no solo de las consideraciones de la Sala, ya transcritas en la presente providencia, sino también del concepto emitido por la señora Agente del Ministerio Público.

Afirma el impugnante que la causal de revisión aplicable es la prevista por el numeral 2 del artículo 188 del C.C.A., por cuanto se sostuvo en la sentencia de segunda instancia que la parte actora no había demostrado suficientemente que con anterioridad a la constitución legal de la sociedad "Agencia Grulla del Combeima", se hubiera abierto como establecimiento de comercio o que funcionó como sociedad de hecho, y relaciona las pruebas que aportó con la demanda inicial, tales como el acta de constitución y constancia de una inmobiliaria, sobre el arrendamiento del local donde inició labores como sociedad de hecho la empresa recurrente.

Con referencia a las compras de mercancías supuestamente hechas por la firma demandante a Productos Grulla S.A. de Envigado y Prefabricados Alpha S.A. de Medellín, y respecto de las cuales en la sentencia impugnada se afirma que no se probó que correspondieran a gastos atribuibles a la Agencia Grulla del Combeima Ltda. y no a la Agencia Grulla del Risaralda, manifiesta el impugnante que a la demanda inicial adjuntó las facturas de compras, certificadas por un contador público y autenticadas ante un Notario.

Expresa así mismo el recurrente para referirse a la causal de revisión invocada, que "en tal virtud me permito enviar LAS PRUEBAS que ha (sic) buen criterio de LOS HONORABLES MAGISTRADOS DE LA SECCION CUARTA DE LA SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HONORABLE CONSEJO DE ESTADO DEBEN APARECER DENTRO DEL PROCESO, facturas de VENTAS y demás COMPROBANTES CONTABLES de dichas Sociedades, que si bien es cierto no se aportaron a la DEMANDA INICIAL, no fue por CULPA o NEGLIGENCIA o por querer DESFRAUDAR (sic) al FISCO NACIONAL... sino porque las sociedades **VENDEDORAS** (subrayo) "PRODUCTOS GRULLA S.A. de ENVIGADO (A) y PREFABRICADOS ALFHA (sic) S.A. de Medellín (A) tuvieron inconvenientes para poderlas suministrar a mi poderdante AGENCIA GRULLA DEL COMBEIMA LTDA. de Ibagué, en tal efecto y de conformidad con lo dispuesto en la causal 2o. (sic) del Artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el Artículo 41 del Decreto 2304 de 1989, me permito aportar en esta oportunidad las siguientes PRUEBAS...", entre las cuales relacionó facturas de ventas por valor de $9.937.909 de Productos Grulla S.A. de Envigado a Grulla del Combeima/ Risaralda debidamente revisadas y autenticadas; certificación expedida por el Revisor Fiscal; certificado sobre la idoneidad del aludido funcionario; certificados de existencia y representación de la firma Productos Grulla S.A. de Envigado; factura de venta de Prefabricados Alfha (sic) S.A. de Medellín debidamente autenticadas y comprobantes de pago; Certificado expedido por el revisor fiscal de Prefabricados Alpha S.A. y sobre su idoneidad, certificado de existencia y representación, de Prefabricados Alpha S.A., de Medellín y las remisiones hechas por tales empresas.

Advierte la Sala que la Procuradora Sexta Delegada ante la Corporación, interpuso recurso de reposición contra el auto de 21 de septiembre de 1992 (f. 113), mediante el cual se admitió la demanda de revisión, pues consideró que el recurrente pretendía "instaurar una tercera instancia, que le permita allegar completa la prueba presentada en forma deficiente en el primer proceso, para así enmendar las imperfecciones en que incurrió inicialmente", lo cual implicaba, en su criterio, un uso indebido del recurso de revisión. El recurso no prosperó, dado que la Sala Unitaria consideró que al cumplirse "a cabalidad, todos los requisitos formales de admisibilidad del recurso, se imponía dictar el auto impugnado..." (fls. 147-151).

La Nación –Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales–, presentó el memorial de folios 130 a 137, para sostener que el recurso es improcedente y que debe mantenerse la sentencia impugnada.

Por auto de 16 de diciembre de 1992 se dispuso la práctica de las pruebas solicitadas por la recurrente, entre estas, la inspección judicial a los libros de contabilidad de Productos Grulla S.A. de Envigado y Prefabricados Alpha S.A. de Medellín, diligencia que no se llevó a cabo "por no haber concurrido nadie para llevar a término

la presente diligencia", según manifestación del Magistrado del Tribunal Administrativo de Antioquia que iba a practicarla (f. 21 c. 1A).

II–. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir cómo la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que el recurso extraordinario de revisión solo resulta procedente en determinadas y especiales circunstancias taxativamente consagradas en la ley, cuando se trate de dejar de lado los efectos de una sentencia ejecutoriada, para que, si el recurso llegare a prosperar, se reabra el proceso y se dicte la sentencia que en derecho sustituiría a la revocada.

En razón a que el mencionado recurso extraordinario va contra el principio de inmutabilidad y estabilidad de las sentencias judiciales, la propia ley taxativamente señala las causales que permiten su ejercicio, y para efectos de su examen y aplicación impone un estricto y delimitado criterio interpretativo para que sólo en virtud de un severo y restringido análisis, pueda pronunciarse el Juzgador extraordinario sobre la mutabilidad de un fallo judicial amparado con la garantía del sello de firmeza y verdad material.

Precisado lo anterior, procede la Sala al examen de la única causal que sirve de fundamento al recurso, y que corresponde a la contenida en el numeral 2 del artículo 188 del C.C.A. (art. 41 del Decreto 2304 de 1989), cuyo texto es del siguiente tenor:

"Procederá este recurso:

2. Si se recobraren pruebas decisivas después de dictada la sentencia, con las cuales se hubiere 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".

Estima la Sala que el recurso extraordinario de revisión en el presente caso no está llamado a prosperar por las siguientes razones:

1. La sentencia impugnada se fundamentó en que la firma actora no probó que las compras facturadas a nombre de otra Sociedad, realmente eran para la recurrente; que no se probó la condición de Revisor Fiscal de quien suscribe las certificaciones contables; que en tales certificaciones no se hizo mención del cambio de comprador y que le correspondía a la demandante demostrar quién era el verdadero y real destinatario de las ventas, pero no con su propia contabilidad que ya había sido cuestionada, sino con la contabilidad de las firmas vendedoras y de terceros.

2. La Sociedad actora, como si se tratara en este recurso de complementar los vacíos probatorios de las instancias, acompaña en este especial momento procesal "las

PRUEBAS que ha (sic) buen criterio de LOS HONORABLES MAGISTRADOS de la SECCION CUARTA... deben aparecer dentro del PROCESO, facturas de VENTAS y demás COMPROBANTES CONTABLES de dichas sociedades, **que si bien es cierto no se aportaron en LA DEMANDA INICIAL, no fue por CULPA o NEGLIGENCIA...; sino porque las sociedades VENDEDORAS** (subrayo) PRODUCTOS GRULLA S.A. de Envigado (A) y PREFABRICADOS ALPHA S.A. de Medellín (A) **tuvieron inconvenientes** para poderlas suministrar a mi poderdante... en tal efecto y de conformidad con lo dispuesto en la causal 2 del artículo 188 del C.C.A..., me permito aportar en esta oportunidad las siguientes PRUEBAS...", y a continuación relaciona los documentos que anexa con la demanda.

3. De acuerdo con lo anterior, resulta claro que el comportamiento de la recurrente se limitó a complementar las pruebas cuya deficiencia, informalidad o descuido destacó el fallador de segunda instancia, y con tal propósito adjunta certificados de las firmas vendedoras, suscritas por el Revisor Fiscal, para establecer que las compras fueron a cargo de la recurrente; así mismo acompaña certificados de la Cámara de Comercio para probar la calidad de Revisor Fiscal de quien suscribe las primeras certificaciones; también anexa facturas y comprobantes autenticados por el Revisor Fiscal de las empresas vendedoras no aportadas ni en la vía gubernativa ni con la demanda.

4. La conducta procesal desplegada por la sociedad actora hace improcedente el recurso extraordinario de revisión, pues la misma no se ajusta a los parámetros y exigencias que la ley señala para su prosperidad.

EN EFECTO:

– Previamente se requiere que las pruebas sobre las cuales se pretende estructurar la revisión sean **recobradas** "después de dictada la sentencia". Pues bien; en el caso examinado, es evidente que las pruebas que pretende hacer valer la parte actora, a más de que no fueron **recobradas** con posterioridad al fallo cuya revisión se busca, en la práctica vienen a ser las mismas, pero perfeccionadas, de que conoció el Juzgador de instancia.

– Igualmente exige la ley que las pruebas aludidas no se hayan podido aportar al proceso "por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria". Para la Sala no se da en el *sub-júdice* la situación requerida por la norma, pues en ningún momento la firma recurrente acreditó la imposibilidad probatoria causada por fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria; es más, ni siquiera sugiere en su demanda tal imposibilidad. Por el contrario, el proceso enseña que los certificados del revisor fiscal inicialmente allegados, sin probar esa calidad, ahora sí fueron correctamente presen-

tados; lo mismo acontece con los certificados de la Cámara de Comercio. Dicho de otra forma: las pruebas aportadas con la demanda de revisión, bien hubieran podido presentarse igualmente con la demanda inicial. La causa para no hacerlo sólo es atribuible exclusivamente a la parte demandante, la que, sin respeto por el ordenamiento procesal, pretende subsanar las omisiones y los errores cometidos por ella desde el comienzo mismo del proceso.

En el proceso de revisión no puede perderse de vista que el no aportar oportunamente la prueba debe obedecer a alguna de las circunstancias excepcionales señaladas en la ley, por lo que resultan excluidas la culpa, la negligencia o la desidia de la parte a quien perjudica la sentencia, sin que resulten valederas las excusas de dificultarse la obtención del documento, ni los obstáculos para conseguirlo, pues es dable entender que quien promueve una actuación judicial con pretensiones de obtener resultados favorables debe proceder con extremada diligencia antes y no después de producido un fallo contrario a sus intereses. No se puede acudir a la causal estudiada, ha dicho la Sala, "para suplir la negligencia o el descuido del interesado otorgándole una nueva oportunidad para aportar documentos que tenía en su poder o que eran de fácil consecución o para pedir la práctica de otros medios cuyo diligenciamiento bien pudo solicitar sin obstáculo alguno en la oportunidad procesal adecuada". (Sentencia de 3 de septiembre de 1991. Expediente R-071 - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo).

Similar criterio consignó la Corte Suprema de Justicia, al expresar:

"El recurso de revisión no apunta a permitir un replanteamiento de los asuntos litigados y decididos previamente; o a ofrecer un medio para mejorar la prueba mal aportada o dejada de aducir; o para variar la *causa petendi,* permitiendo la alegación de hechos no comprendidos inicialmente en ella; o a dar una nueva oportunidad de proponer excepciones no alegadas en el lapso debido; o a impedir la ejecución de la sentencia, como viene sucediendo últimamente. Es decir, el recurso de revisión no está instituido por la ley para que los litigantes remedien los errores cometidos en el proceso en que se dictó la sentencia recurrida. El mira fijamente a la entronización de la garantía de la justicia, al restablecimiento del derecho de defensa cuando fue claramente conculcado, o al imperio de las sentencias que ostentan el sello de la cosa juzgada material". (Casación Civil - 11 de junio de 1976 - Gaceta Judicial Tomo CXLVIII, pág. 46).

Las anteriores consideraciones resultan suficientes para concluir que la causal segunda de revisión contemplada en el artículo 188 del C.C.A. no se configura en este proceso y, consecuentemente, no hay lugar a la prosperidad del cargo.

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

FALLA:

PRIMERO. No prospera el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 26 de julio de 1991, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

SEGUNDO. No hay condenación en costas por cuanto no aparecen causadas.

TERCERO. En firme esta sentencia, devuélvase el expediente a la Sección de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha tres (3) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Néstor Castillo Varilla,* Conjuez; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Miren De La Lombana de M., Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Miguel González Rodríguez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Miguel Viana Patiño* (ausente), *Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

ACTOS SEPARABLES/ACTOS CONTRACTUALES/RETROACTIVIDAD DE LA LEY–Inexistencia/**LEY EN EL TIEMPO**

El art. 87 del nuevo Código Contencioso Administrativo dispuso que "los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código" alrededor de lo cual se consolidó la jurisprudencia en relación con cuáles eran los actos separables y cuáles por ser típicamente contractuales debían controlarse a través de la acción relativa a contratos, pero nada dijo el artículo 87 sobre la obligación de pedir dentro de la acción relativa a contratos la nulidad de los actos administrativos no separables cuando fueren los causantes del perjuicio: esa obligatoriedad se ha deducido por vía jurisprudencial, hoy del artículo 87 citado y antes, de los artículos 1742, subrogado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936, y 1743 del C.C. disposiciones que ante la ausencia de norma expresa aplicaba el juez administrativo y que distinguen entre nulidades absolutas y nulidades relativas de actos y contratos para señalar que las primeras puedan ser declaradas oficiosamente por el juez, pero que las nulidades relativas no pueden ser declaradas sino a pedimento de parte.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. S-178. Recurso Extraordinario de Súplica. Actor: Luis Carlos Baena López.

Procede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a decidir el recurso extraordinario de súplica interpuesto por LUIS CARLOS BAENA

LOPEZ contra la sentencia proferida el 19 de diciembre de 1990, por la Sección Tercera de esta Corporación, mediante la cual se falló el proceso radicado con el número 3351.

I-. LA SENTENCIA RECURRIDA

La Sección Tercera en la sentencia impugnada se declaró inhibida para fallar de fondo el proceso incoado por el señor Baena López, en orden a obtener del Fondo Vial Nacional, la indemnización de perjuicios materiales y morales que le fueron causados por el incumplimiento del contrato No. 12-78, por considerar que la demanda presentada es inepta.

Estimó la Sala que se presentaban dos impedimentos para proferir sentencia de mérito: en primer lugar, que la demanda se limitó a pedir perjuicios por incumplimiento contractual sin impugnar la resolución por la cual se dio por terminado el contrato, que bien conocía el actor; y en segundo término, que la demanda también hizo caso omiso de la resolución unilateral que expidió el Fondo Vial Nacional efectuando un corte de cuentas definitivo en la relación contractual.

El aparte del fallo que según el censor es fundamental para la impugnación reza así:

> "Ha sostenido en forma reiterada esta Sala desde la expedición del código administrativo (decreto 01 de 1984) y lo continúa haciendo luego de la expedición del decreto 2304 de 1989, que el acto administrativo contractual (el de terminación es típico) debe impugnarse dentro de la controversia contractual, en especial cuando es el causante del perjuicio para el contratista; impugnación que puede hacerse en forma aislada o acumulada con otras pretensiones como las de incumplimiento con indemnización de perjuicios. Se ha insistido en que debe pedirse la nulidad del acto contractual porque sólo así podrán estudiarse las pretensiones que partan del supuesto de que dicho acto ya no forma parte del ordenamiento".

II-. LA JURISPRUDENCIA CONTRARIADA

Dice el recurrente que el fallo censurado se adoptó con base en la doctrina y legislación vigentes en el momento de producirse la sentencia y no en la doctrina y legislación vigentes al momento de la presentación de la demanda, toda vez que la demanda se presentó el 3 de agosto de 1981 y la ley y la doctrina aplicada comenzó a regir desde la expedición del nuevo Código Contencioso Administrativo (1o. de marzo de 1984).

Agrega que ello es contrario a la jurisprudencia contenida en las sentencias de 16 de mayo de 1941, 10 de febrero de 1942 y 21 de septiembre de 1971, todas de la Sala

de Negocios Generales, "pues se desconoce los efectos legales y situaciones jurídicas que consolidaron los preceptos vigentes en el momento de la presentación de la demanda y pretende borrarlos o anularlos con base en norma posterior". Y concluye: "la providencia impugnada hiere la misma doctrina de que venimos ocupándonos, al acoger un criterio según el cual, se acepta juzgar situaciones surgidas al amparo del régimen del antiguo C.C.A. y del Decreto 528 de 1954, bajo la preceptiva normativa posterior del Decreto 01 de 1984".

III-. CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 130 del C.C.A., procede el recurso extraordinario de súplica, contra autos interlocutores o sentencias de las Secciones, cuando sin aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación.

El suplicante pretende demostrar que la Sección en la sentencia acusada cambió la jurisprudencia existente en la Corporación, sobre irretroactividad en la aplicación de la ley, contenida en las sentencias citadas como contrariadas.

Pues bien, lo primero que observa la Sala es que, como lo anota el informe de Relatoría, únicamente la sentencia del 10 de febrero de 1942 trata concretamente el tema de la irretroactividad de la ley. La sentencia de 21 de septiembre de 1971 para nada se refiere a este tema y la sentencia de mayo 16 de 1941, sólo tangencialmente lo toca, como argumento para sustentar la tesis de fondo, que es la posibilidad de declarar la nulidad de actos administrativos que al tiempo de la sentencia habían sido derogados, cuando se trata de disposiciones que surtieron efectos durante su vigencia.

Además, tanto la sentencia de mayo 16 de 1941, como la de febrero 10 de 1942, aluden a la irretroactividad de la ley, pero referida a la intangibilidad de las situaciones jurídicas creadas por la ley anterior, es decir, tratan el tema de la irretroactividad de la ley sustantiva, sin mencionar el régimen de la aplicación en el tiempo de las normas de procedimiento, que como es sabido no es el mismo, y que sería el tema que según el censor, consideró la Sección en forma contraria a la jurisprudencia de la Corporación, al estimar inepta su demanda.

Por otra parte, examinada la sentencia recurrida, no encuentra la Sala que ella haya expuesto expresamente doctrina alguna sobre la aplicación de la ley en el tiempo. Y no puede decirse que la tesis de la retroactividad de la ley se deduzca de la conclusión a que llega la sentencia sobre la ineptitud sustantiva de la demanda, toda vez que la ineptitud del libelo no se fundamentó en que le faltare algún requisito exigido por el Decreto 01 de 1984, expedido con posterioridad a la presentación de la demanda, ni en que se hubiera escogido una acción distinta a las dispuestas por este estatuto, sino en que, por una parte, resultaba extraña la pretensión de responsabilidad por incumpli-

miento del contrato sin que se atacara el acto que lo dio por terminado y en segundo lugar, porque partiendo la pretensión del contratista de realidades diferentes, no impugnó el acto de liquidación dictado unilateralmente por el Fondo.

En el párrafo que destaca el impugnante y que fue transcrito en el punto I de esta providencia, la Sección, luego de manifestar su extrañeza porque no se hubiera impugnado el acto de terminación del contrato, expresa que desde la expedición del decreto 01 de 1984 ha sostenido que el acto administrativo contractual debe impugnarse dentro de la controversia contractual, aisladamente o en conjunto con otras pretensiones, en especial cuando es el causante del perjuicio alegado, porque sólo así podrán estudiarse las pretensiones que partan del supuesto de que dicho acto ya no forma parte del ordenamiento.

Pero este comentario, cuando más podría significar que la sentencia examinó la demanda con la perspectiva de una nueva jurisprudencia, es decir, que se le dio retroactividad a un nuevo enfoque jurisprudencial, pero no que se aplicó la ley en forma retroactiva y menos que se hubiere sentado doctrina respecto a la aplicación retroactiva de la ley adjetiva que rige la demanda en forma.

Y se dice "cuando más", porque el comentario no se refiere a jurisprudencia íntegramente nueva ya que antes de que el decreto 01 de 1984 hablara de "actos separables" se distinguía entre actos que podían demandarse por las acciones de nulidad y de plena jurisdicción y los que debían acusarse en la controversia contractual.

Como se recordará, el artículo 87 del nuevo Código Contencioso Administrativo dispuso que "los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código" alrededor de lo cual se consolidó la jurisprudencia en relación con cuáles eran los actos separables y cuáles por ser típicamente contractuales debían controlarse a través de la acción relativa a contratos, pero nada dijo el artículo 87 sobre la obligatoriedad de pedir dentro de la acción relativa a contratos la nulidad de los actos administrativos no separables cuando fueren los causantes del perjuicio; esa obligatoriedad se ha deducido por vía jurisprudencial, hoy del artículo 87 citado y antes, de los artículos 1742, subrogado por el artículo 2o. de la ley 50 de 1936, y 1743 del C.C. disposiciones que ante la ausencia de norma expresa aplicaba el juez administrativo y que distinguen entre nulidades absolutas y nulidades relativas de actos y contratos para señalar que las primeras pueden ser declaradas oficiosamente por el juez, pero que las nulidades relativas no pueden ser declaradas sino a pedimento de parte.

Concluye la Sala por tanto, que la sentencia recurrida no sienta, expresa ni tácitamente, la tesis sobre retroactividad de la ley sustantiva y por ello en nada contraría la jurisprudencia sobre el particular contenida en las sentencias de 1940 y 1941 citadas en el memorial del recurso. La Sala por tanto, habrá de denegar la súplica del actor.

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

FALLA:

No prospera el recurso extraordinario de súplica interpuesto por LUIS CARLOS BAENA LOPEZ contra la sentencia de diecinueve (19) de diciembre de mil novecientos noventa (1990), proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase el expediente a la Sección de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala Plena en sesión del tres (3) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Guillermo Chaín Lizcano, Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Miguel González Rodríguez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Miguel Viana Patiño* (ausente), *Diego Younes Moreno, Gaspar Caballero Sierra* (conjuez).

Nubia González Cerón, Secretaria General.

DOCUMENTO/COPIA–Valor Probatorio

Lo aportado es una copia fotostática de otra copia, una reproducción mecánica que no puede incluirse en ninguno de los tres casos específicos en el artículo transcrito, no pasando de ser una copia de una copia aparentemente autenticada, coligiéndose de ello que la reproducción en mención no tiene el mismo valor probatorio del original y que, en consecuencia, la Senadora requerida no ha cumplido la orden emanada de este Despacho.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. AC-1233. Asuntos Constitucionales. Actora: Claudia Lucía Flórez M.

Entra el Despacho a resolver el recurso de reposición interpuesto por el señor apoderado de la Senadora Claudia Rodríguez de Castellanos con el cual se pretende obtener la revocatoria de la decisión de requerir a la señora Rodríguez de Castellanos, contenida en el Oficio No. 252 visible a folio 214, para que envíe copia autenticada del registro civil de matrimonio.

El peticionario fundamenta el recurso "en la circunstancia de que la Dra. CLAUDIA RODRIGUEZ DE CASTELLANOS dio cabal cumplimiento a la orden de aportar la 'copia autenticada' de su registro civil de matrimonio, como se comprueba con el documento que obra a folio 235 del cuaderno principal".

Manifiesta, así mismo, que para los efectos probatorios el hecho del matrimonio de su representante está demostrado con el documento que ella misma aportó al proceso (el del folio 235), según las previsiones de los artículos 253 y 254, en la forma como fueron modificados por el Decreto Ley 2282 de 1989, artículo 1o. reformas 116 y 117.

Para resolver, SE CONSIDERA:

Analizado el documento aportado por la persona investigada, constante a folio 235 del expediente, dos observaciones hace el Despacho:

1.– El nombre de "CLAUDIA" con el que, según la constancia expedida por el Secretario General del Senado de la República, fue elegida la Senadora en cuestión (fl. 237), no figura en ninguna de las tres oportunidades en que se menciona el nombre de la contrayente.

2.– El documento es una copia fotostática de otra copia.

Dicha copia fotostática no está autenticada. No está por tanto demostrado el hecho del matrimonio de la señora Rodríguez de Castellanos como seguidamente se explica con fundamento en las normas citadas por el recurrente.

El artículo 1o., reforma 116 del Decreto Ley 2282 de 1989, reza:

> "El artículo 253 quedará así:
>
> "Aportación de documentos. Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento".

El documento aportado en el presente proceso es una copia constante en una reproducción mecánica.

Ahora bien, sobre el valor probatorio de esa reproducción mecánica, estipula el artículo 1o., reforma 117 del Decreto Ley 2282 de 1989:

> "El artículo 254 quedará así:
>
> "Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original en los siguientes casos:
>
> "1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.

"2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.

"3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa".

Como ya se dijo, lo aportado es una copia fotostática de otra copia, una reproducción mecánica que no puede incluirse en ninguno de los tres casos especificados en el artículo transcrito, no pasando de ser una copia de una copia aparentemente autenticada, coligiéndose de ello que la reproducción en mención no tiene el mismo valor probatorio del original y que, en consecuencia, la Senadora requerida no ha cumplido la orden emanada de este Despacho.

Por lo expuesto, el Despacho RESUELVE:

NO REPONER el auto recurrido.

Una vez en firme esta providencia, continúese el trámite del proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Yesid Rojas Serrano, Consejero de Estado.

EMPLEADO JUDICIAL/PODER DISCIPLINARIO/PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION–Facultades

La sentencia de la H. Corte Constitucional expresa que el poder disciplinario en el caso de los empleados judiciales a quienes la corporación mencionada define como quienes trabajan en la rama jurisdiccional pero no administran justicia, está atribuido al superior jerárquico pero a condición de que no sea desplazado por la Procuraduría, cuyo poder es preferente. Pero, como en el presente caso no fue el superior jerárquico, Consejo de Estado, el que inició la investigación de oficio o a solicitud de alguien en particular, y en atención a que las quejas, como ya se dijo, fueron presentadas directamente ante la Procuraduría, la cual inició los trámites pertinentes, es a dicho organismo al que debe volver el asunto para que lo lleve a su culminación, en virtud del poder preferente que tiene la Procuraduría frente al superior jerárquico.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. C-244. Disciplinario. Actor: Alberto Molina Pulido.

Con sustento en lo decidido por la H. Corte Constitucional en sentencia C-417 del 4 de octubre de 1993, el H. Consejo Superior de la Judicatura remite a esta Corporación los acumulados de las quejas presentadas por el Dr. Alberto Molina Pulido contra el Dr. Rafael Acosta Guzmán, quien fuera empleado de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. No obstante, las presentes diligencias deben ser remitidas a la Procuraduría General de la Nación, organismo ante el cual fueron elevadas inicialmente las quejas, con base en las siguientes consideraciones:

Mediante la aludida sentencia C-417 del 4 de octubre de 1993 la H. Corte Constitucional declaró inexequible el numeral tercero del art. 9 del Decreto 2652 de 1991, en los siguientes apartes:

"Los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y el Fiscal General por causa distinta de la indignidad por mala conducta así como de" y las palabras *"y empleados"* que aparecen en el art. 51 del Decreto 1888 de 1989.

De las consideraciones de la sentencia mencionada se deduce lo siguiente:

Los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y el Fiscal General de la Nación están sometidos al juicio del Senado de la República y al de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, según sea el caso.

El señor Procurador General sólo tiene la facultad de emitir concepto dentro del proceso que adelante la autoridad competente conforme al art. 278-2 de la C. N.

Respecto de funcionarios judiciales que carecen de fuero, el poder disciplinario corresponde al Consejo Superior de la Judicatura, sin perjuicio de la atribución conferida al Procurador General de la Nación que al ejercer el poder en mención sobre un funcionario judicial desplaza al Consejo Superior de la Judicatura, a la Seccional correspondiente y al superior jerárquico.

Por último, los empleados judiciales, están sujetos al juicio de sus superiores jerárquicos, sin detrimento de la competencia preferente de la Procuraduría General de la Nación.

Dice al respecto la Corte Constitucional:

> *"Otro es el caso de los* ***empleados*** *judiciales, es decir, el personal subalterno o de apoyo de la Rama Judicial, que no tiene a su cargo la función de administrar justicia. Estos no están comprendidos dentro del ámbito de competencia del Consejo Superior de la Judicatura, tal como surge del mencionado numeral 3 del artículo 256 de la Constitución, que en modo alguno alude a ellos, mientras que el artículo 277, numeral 6, de la Carta dispone:*
>
> *"El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:*
>
> *"(.....)*
>
> *"6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas inclusive las de elección popular, ejercer preferentemente*

el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley".

*"**Preferencia.** Según el Diccionario de la Academia Española de la Lengua es "primacía, ventaja o mayoría que una persona o cosa tiene sobre otra, ya en valor, ya en merecimiento"; "Elección de una cosa o persona, entre varias".*

"Aplicado este concepto al asunto que nos ocupa, significa que la Procuraduría General de la Nación es el organismo que goza, por mandato constitucional, de una cláusula general de competencia para conocer de las faltas disciplinarias de los empleados, en ejercicio de un poder que prevalece sobre el de otros órganos estatales.

"Lo dicho es suficiente para concluir que las palabras "... y empleados...", que hacen parte del artículo demandado, son inconstitucionales y así habrá de declararlo la Corte".[1]

Aplicado el fallo al caso de autos, en lo pertinente, se tiene:

Las quejas fueron presentadas en distintas fechas ante el mismo organismo, Procuraduría General de la Nación, por una misma persona, el Dr. Alberto Molina Pulido, para que se investigara la conducta de un mismo empleado, Dr. Rafael Acosta Guzmán.

La Procuraduría recibió las quejas e inició los trámites correspondientes y sólo remitió las diligencias al Consejo Superior de la Judicatura, en atención a un oficio originado en esta última entidad, en el cual, se entiende, reclamaba para sí la competencia para adelantar la investigación en casos como el presente.

El Consejo Superior de la Judicatura en razón de la sentencia de la Corte Constitucional manifiesta haber perdido su competencia para proseguir con la investigación.

Ahora bien, la sentencia de la H. Corte Constitucional expresa que el poder disciplinario en el caso de los empleados judiciales a quienes la corporación mencionada define como quienes trabajan en la rama jurisdiccional pero no administran justicia, está atribuido al superior jerárquico pero a condición de que no sea desplazado por la Procuraduría, cuyo poder es preferente.

Pero, como en el presente caso no fue el superior jerárquico, Consejo de Estado, el que inició la investigación de oficio o a solicitud de alguien en particular, y en atención

[1] Corte Constitucional, Sentencia C-417, actor: Edgar Eduardo Cortés Prieto, magistrado ponente: doctor José Gregorio Hernández Galindo, 4 de octubre de 1993.

a que las quejas, como ya se dijo, fueron presentadas directamente ante la Procuraduría, la cual inició los trámites pertinentes, es a dicho organismo al que debe volver el asunto para que lo lleve a su culminación, en virtud del poder preferente que tiene la Procuraduría frente al superior jerárquico.

Por lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE:

Conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva, por Secretaría remítanse las presentes diligencias a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial de la Procuraduría General de la Nación, para lo de su cargo.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Miren De La Lombana de Magyaroff.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

CONGRESISTA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA–Trámite/PROCESO ORDINARIO/CONSEJO DE ESTADO/SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/COMPETENCIA

Al tenor del artículo 184 de la Carta Política y del artículo 304 de la Ley 5a. de 1992, la pérdida de la investidura de congresista será decretada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corporación. Al no haberse expedido aún la ley que señala un procedimiento especial, es preciso dar aplicación al mandamiento contenido en el artículo 206 del C.C.A., en cuanto ordena que el procedimiento ordinario "también debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios, para los cuales la ley no señala un trámite especial".

EXCEPCION GENERICA–Improcedencia

Con fundamento en el artículo 163 del C.C.A., propuso la excepción que denomina "genérica", y la deriva de los hechos y de las pruebas del proceso y de los textos legales. Esta excepción, en los aludidos términos, no tiene vocación de prosperidad, en consideración a que el proponente, no precisa en qué consiste, no expone ninguna razón que le sirva de fundamento, además, la norma que invoca (art. 163 del C.C.A.), fue expresamente derogada por el art. 68 del Decreto 2304 de 1989.

CONGRESISTA–Inhabilidades/PERDIDA DE LA INVESTIDURA/SANCION PENAL

La locución en cualquier época señala con claridad, que la sentencia judicial constitutiva de la violación del régimen de inhabilidades, puede

ser de fecha anterior o posterior a la adquisición de la investidura de congresista, no necesariamente sobreviviente a esta como pretende el demandado, pues la Constitución como norma que organiza el Estado y la sociedad, puede darle efectos a situaciones acaecidas antes de ser promulgada. En el expediente, obra la fotocopia autenticada con la respectiva constancia de notificación y ejecutoria, de la sentencia de 23 de febrero de 1988, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar, mediante la cual condenó al señor EMIRO RAUL PEREZ ARIZA a las penas de veinte meses de prisión y multa de quince mil pesos, como autor responsable del delito de ABUSO DE CONFIANZA y pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por un término de veinte meses. Esta prueba lleva a la Sala a la convicción incontrovertible que el señor EMIRO RAUL PEREZ ARIZA, se hallaba incurso en la causal de pérdida de investidura de Congresista, consagrada en el numeral 1o. del art. 179 de la Carta Política.

TACHA DE FALSEDAD–Improcedencia/SANCION POR TACHA DE FALSEDAD–Improcedencia/FALSEDAD DOCUMENTAL–Inexistencia

La prueba que lleva a la Sala al convencimiento de que el Congresista Dr. EMIRO RAUL PEREZ ARIZA se halla incurso en la causal consagrada en el numeral 1o. del art. 179 de la C.N. es la fotocopia autenticada de notificación de la sentencia y la respectiva constancia de notificación, que obra en el expediente. En ese orden, la certificación objeto de la tacha, suscrita por el Juez Primero Penal Municipal de Agustín Codazzi (Cesar), expedida con fundamento en los datos consignados en los libros radicadores que lleva dicho juzgado, resulta innecesaria y por lo tanto no ejerce influencia en la decisión que había de adoptarse. Por esa sucinta razón se denegará la tacha de falsedad documental. En efecto, el inciso tercero del artículo 289 del C.P.C. dispone que "No se admitirá la tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión...". El artículo 292 del C.P.C., dispone que cuando la tacha de falsedad se decida en contra de quien la propuso, se condenará a éste a pagar a quien la aportó el equivalente de diez a veinte salarios mínimos mensuales, cuando no represente un valor económico. Sin embargo, estima la Sala que en esta oportunidad no es procedente la imposición de la referida sanción, porque aun sin esa certificación, en este proceso está demostrada la condena, con la fotocopia autenticada de la sentencia de segunda instancia.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. AC-1063. Asuntos Constitucionales. Actor: Alberto Efraín Martínez Bustillo.

Decide la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la solicitud de pérdida de investidura de Congresista que ostenta el doctorEMIRO RAUL PEREZ ARIZA.

ANTECEDENTES

1) Con fundamento en los artículos 183 y 184 de la Carta Política, el ciudadano ALBERTO EFRAIN MARTINEZ BUSTILLO, acudió ante esta Corporación, para solicitar que, mediante sentencia ejecutoriada, se decrete la pérdida de la investidura del Representante al Congreso, señor EMIRO RAUL PEREZ ARIZA.

El solicitante, en la demanda constituyó apoderado judicial, a quien se le reconoció personería para actuar, en los términos allí señalados.

2) Los hechos que sirvieron de fundamento al actor para instaurar la acción, pueden resumirse en los siguientes:

2.1. El 27 de octubre de 1991, se realizaron elecciones populares en las que se eligieron congresistas, para el período constitucional comprendido entre el 1o. de diciembre de 1991 hasta el 19 de julio de 1994.

2.2. Para la elección a la Cámara por la circunscripción electoral del Departamento del Cesar, previos los escrutinios correspondientes, el Consejo Nacional Electoral, mediante Acuerdo No. 13 de 23 de noviembre de 1991, declaró elegidos a los ciudadanos FELIPE DE JESUS NAMEN RAPALINO, ALFREDO CUELLO DAVILA, LUIS FERNANDO RINCON LOPEZ y ALFONSO MATTOS BARRERO, quienes se posesionaron el 1o. de diciembre de 1991.

2.3. La Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante sentencia de 19 de enero de 1993, dictada dentro de los procesos acumulados números 0646, 0648 y 0665, anuló el Acuerdo No. 13 de 1991, expedido por el Consejo Nacional Electoral "pero sólo en cuanto declaró elegido al señor FELIPE DE JESUS NAMEN RAPALINO como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Cesar".

2.4. Ejecutoriada la sentencia "se procedió a su ejecución por parte del Presidente de la H. Cámara de Representantes", posesionando al Dr. EMIRO RAUL PEREZ ARIZA, incumpliéndose de este modo, el art. 278 de la ley 5a. de 1992, pues se debió llamar al candidato siguiente no elegido de la misma lista, según el orden de inscripción. Se debió llamar al señor ANUAR YAVER CORTES y no al del tercero y último renglón de la lista.

2.5. El Presidente de la Cámara de Representantes, en sesión plenaria del 13 de mayo de 1993, posesionó en el cargo de Representante a la Cámara, al doctor EMIRO RAUL PEREZ ARIZA.

2.6. Se afirma que el ciudadano EMIRO RAUL PEREZ ARIZA, se hallaba inhabilitado para ser congresista, pues según el numeral 1o. del artículo 179 de la Constitución, no podrán ser Congresistas quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.

El Representante a la Cámara EMIRO RAUL PEREZ ARIZA, había sido condenado a las penas de "prisión" y de "multa", mediante sentencia de segunda instancia de 23 de febrero de 1988, del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar, la cual está en firme.

3) FUNDAMENTOS DE DERECHO

Invoca los artículos 183, num. 1o. y 184 de la C. N., artículos 278, 274, 279, 280 num. 1o., 301 y 304 de la ley 5a. de 1992, artículos 128 numeral 16, 206 a 211 y demás normas pertinentes, del Código Contencioso Administrativo.

4) ACTUACION PROCESAL

4.1. Notificada la admisión de la demanda en debida forma a las partes, dentro de la oportunidad procesal pertinente el doctor EMIRO RAUL PEREZ ARIZA, contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las peticiones, formuló excepciones, y tachó de falso el documento visible a folio 52 del cuaderno principal del expediente.

4.2. A la tacha de falsedad, se le imprimió el trámite de ley. Dentro del respectivo traslado, el apoderado del actor, se opuso a su prosperidad, criticó el "ostensible" propósito dilatorio que el congresista demandado daba al asunto, solicitó pruebas e informó que en la Sección Quinta de esta Corporación, cursaba el proceso electoral No. 1038. Actor: JOSE IGNACIO VIVES, en el cual se impugnaba el acto por medio del cual el Presidente de la Cámara de Representantes había llamado a ocupar la curul al señor EMIRO RAUL PEREZ ARIZA. Que en ese proceso también el mismo señor había tachado de falso el mismo documento. Finalmente pidió que se condenara al

proponente de la tacha "a pagar al demandante el equivalente de diez a veinte salarios mínimos mensuales, **como sanción al impugnante vencido".**

4.3. En proveído de 10 de noviembre de 1993, se abrió el proceso a pruebas, se tuvieron como tales las documentales allegadas a los autos, tanto por la parte actora, como por el demandado y se denegaron algunas por innecesarias. Igualmente se decretaron y tuvieron como pruebas las documentales allegadas por las partes a los autos, con ocasión de la formulación y traslado de la tacha de falsedad, y se denegaron otras.

4.4. En la misma providencia que abrió el proceso a pruebas, se dispuso que la tacha de falsedad se resolvería en la sentencia.

5) ALEGATOS DE CONCLUSION

Cumplida la etapa probatoria, en providencia de 16 de febrero del año en curso, se ordenó correr traslado a las partes y al Procurador Delegado, con el fin de que presentaran sus alegatos de conclusión, por escrito.

Oportunamente alegaron, el Procurador Delegado y el demandado, esta vez, a través de mandatario judicial. El actor no alegó.

5.1. Alegato del demandado.

El apoderado del doctor EMIRO RAUL PEREZ ARIZA, expresa que no es procedente el decreto de pérdida de investidura de congresista en esta oportunidad, por las razones que a continuación se sintetizan:

– No es procedente para infirmar la presunción de legalidad de la actuación administrativa, por medio de la cual la Mesa de la H. Cámara de Representantes, en cumplimiento de claros mandatos constitucionales, llamó el 13 de mayo de 1993 a EMIRO RAUL PEREZ ARIZA, a suplir la vacancia absoluta surgida de la anulación de la elección del Representante por la Circunscripción Electoral del Cesar, FELIPE DE JESUS NAMEN RAPALINO.

– Por consiguiente, está fuera de lugar alegar supuesta violación de los artículos 134 y 261 de la C. N., y art. 278 de la ley 5a. de 1992 "amén de que tales supuestas violaciones no están demostradas, no están erigidas como causal de pérdida de investidura de congresista".

– En el proceso no se han demostrado, mediante las pruebas regular y oportunamente allegadas, los supuestos de hecho de las diferentes normas alegadas en la demanda.

– Así, no puede prestar mérito probatorio la copia al carbón de la sentencia del Juez Segundo Penal del Circuito de Valledupar, de 23 de febrero de 1988 que obra a folios 53 a 61 del cuaderno principal del expediente, por cuanto no cumple con los requisitos previstos en los arts. 115-7 y 254 del C.P.C., toda vez que dicha copia al carbón fue autenticada por el Secretario del Juzgado, sin previo auto del Juez que la ordenara. Tampoco dicha copia fue tomada del original de la sentencia o de la copia autenticada.

– Agrega que la fotocopia de la constancia expedida por la secretaría del Juzgado Segundo Penal de Valledupar, el 17 de junio de 1993 que obra al anverso de la fotocopia del edicto, según la cual, "la sentencia notificada por medio de EDICTO quedó ejecutoriada el día viernes cuatro (4) de marzo de 1988 a las 6 P.M.", no tiene el carácter de documento público, por no haber sido expedida por el propio juez (arts. 116 y 262-1 del C.P.C.), por consiguiente, no puede ser prueba de la ejecutoria y firmeza de la supuesta sentencia.

– La certificación que obra a folio 52 del cuaderno principal del expediente, expedida el 2 de junio de 1993 por el Juez Primero Municipal de Agustín Codazzi (Cesar), afirma que no tiene valor legal como prueba, ya que dicho documento no versa sobre la existencia del proceso, la ejecución de la sentencia, ni sobre hechos ocurridos en presencia del juez (art. 116 del C.P.C.).

– Que la presunción de autenticidad que acompaña a los documentos antes mencionados, no llega a imprimirle valor probatorio a su contenido, porque sería contrario a lo dispuesto en el inciso final del art. 29 de la C. N., según el cual, es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación de debido proceso.

– En cuanto a la violación del régimen de inhabilidades expresa que no le es aplicable el régimen consagrado en el artículo 179, sino el previsto en el art. 2o. transitorio de la C. N., que así lo tiene aceptado la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado y para el efecto, cita la sentencia de 21 de mayo de 1992, dictada en el expediente No. 0587.

– Lo anterior es más claro si se tiene en cuenta el contenido del inciso segundo del art. 181 de la C. N., el cual señala que, quien fuere llamado a ocupar el cargo de congresista quedará sometido al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades a partir de su posesión.

– Que el señor PEREZ ARIZA, fue llamado a ocupar el cargo de congresista el 13 de mayo de 1993 y solo a partir de esa fecha y no antes, quedó sometido al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Por ello estima que no incurrió en la causal de pérdida de investidura de congresista prevista en el numeral 1o. del art. 183 de la C. N., con base en la sentencia de segunda instancia del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar de 23 de febrero de 1988, habiéndose posesionado el 23 de mayo

de 1993, pues no está sometido retroactivamente al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

– Para el apoderado del demandado, no puede fundarse la pérdida de investidura en la sentencia de 23 de mayo de 1988 por cuanto los arts- 179-1 y 181-1 de la C. N., en que se apoya la solicitud, no son leyes preexistentes a la sentencia de condena. Esta afirmación, no admite duda frente al mandato contenido en el art. 29, según el cual "NADIE PODRA SER CONDENADO SINO CONFORME A LAS LEYES PREEXISTENTES AL ACTO QUE SE LE IMPUTA".

– A su entender la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades o del régimen del conflicto de intereses, tiene que ocurrir en el ejercicio del cargo de congresista, o sea, que tiene que ser sobreviniente a la adquisición de la investidura, no anteceder a esta.

– Por esas razones, estima que el señor PEREZ ARIZA no pudo incurrir en la causal de pérdida de investidura, ya que la sentencia de condena invocada es anterior a la fecha en que adquirió la investidura.

5.2. El Alegato del Procurador Delegado.

El Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso ante el Consejo de Estado expresa que debe decretarse la pérdida de investidura de Representante a la Cámara que ostenta el señor EMIRO RAUL PEREZ ARIZA, con fundamento en las razones que a continuación se transcriben:

> Los hechos fundamentales de la acción están debidamente establecidos en el expediente. Así, mediante fotocopia autenticada y fallo y certificaciones del Juez Primero Municipal de Codazzi (Cesar), y del Juez Segundo Penal del Circuito de Valledupar, se tiene la certeza de que por sentencia del 23 de febrero de 1988 este último Juzgado revocó en todas sus partes la sentencia del 8 de enero de 1988 por el cual el Juzgado Primero Penal Municipal de Codazzi había absuelto al demandado por el delito de abuso de confianza y en su lugar condenó al señor EMIRO RAUL PEREZ ARIZA, a la pena principal de veinte (20) meses de prisión como autor responsable del delito de abuso de confianza "habiéndose concedido el subrogado penal de la condena de ejecución condicional (folios 52, 53 a 61, 252, 253 del expediente). Por otra parte, está demostrado que el mismo señor, demandado en este proceso, fue posesionado del cargo de Representante a la Cámara en sesión ordinaria del jueves 13 de mayo de 1993.
>
> Es evidente entonces que el demandado está situado en la causal de inhabilidad que contempla el ordinal 1o. del artículo 179 de la Constitución en los términos: "No podrán ser congresistas: 1) Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos...

5.3. Solicitud de auto para mejor proveer:

Finalmente, el ponente desea hacer la siguiente aclaración en relación con la información que en su oportunidad suministró el apoderado del actor, acerca del proceso electoral que cursa en la Sección Quinta de la Corporación, distinguido con el número 1038, actor: JOSE IGNACIO VIVES, donde se impugna el acto por medio del cual el Presidente de la Cámara de Representantes llamó al señor EMIRO RAUL PEREZ ARIZA, a ocupar la curul en la citada Corporación.

Con el fin de decidir sobre la influencia que pudiera ejercer el proceso electoral antes mencionado, sobre este, el ponente, mediante auto para mejor proveer, propuso solicitar de la Sección Quinta, para ser allegada al presente asunto, una certificación sobre la existencia y estado del aludido asunto.

La Sala Plena de lo Contenciso Administrativo, en sesión realizada el 4 de abril del año en curso, negó la proposición, en el entendido de que, la existencia del proceso electoral, no influye sobre el proceso de pérdida de investidura de congresista.

Surtido el trámite de rigor, habiéndose cumplido en debida forma, las distintas etapas procesales, y no observando causal de nulidad que invalide la actuación, procede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1.- Competencia de esta Corporación para conocer del asunto.

Al tenor del artículo 184 de la Carta Política y del artículo 304 de la Ley 5a. de 1992, la pérdida de investidura de congresista será decretada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corporación. Al no haberse expedido aún la ley que señale un procedimiento especial, es preciso dar aplicación al mandamiento contenido en el artículo 206 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto ordena que el procedimiento ordinario "también debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios, para los cuales la ley no señale un trámite especial" (modificado por el artículo 45 del Decreto 2304 de 1989).

2.- Excepciones.

En la contestación de la demanda el doctor EMIRO RAUL PEREZ ARIZA propuso las siguientes excepciones, las cuales se resuelven así:

2.1. Con fundamento en el art. 163 del C.C.A., propuso la excepción que denomina "genérica", y la deriva de los hechos y de las pruebas del proceso y de los textos legales.

Esta excepción, en los aludidos términos, no tiene vocación de prosperidad, en consideración a que el proponente, no precisa en qué consiste, no expone ninguna razón que le sirva de fundamento, además, la norma que invoca (art. 163 del C.C.A.), fue expresamente derogada por el art. 68 del Decreto 2304 de 1989.

2.2. Igualmente propuso la excepción de inobservancia del debido proceso judicial e inobservancia de la plenitud de las normas propias del correspondiente juicio, por haber sido admitida la demanda y dado el trámite a la misma sin el previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 143 del C.C.A. Como la demanda de pérdida de investidura de congresista cumple con los requisitos y formalidades previstos en la ley, esta excepción no prospera, además, igual que en la anterior, el interesado no expresó las razones ni los hechos en que se funda, ni explicó en qué consistía.

3.– Tacha de falsedad.

El doctor EMIRO RAUL PEREZ ARIZA, en el memorial de contestación de la demanda, formuló tacha de falsedad documental, en los siguientes términos:

> De conformidad con los artículos 289 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, propongo TACHA DE FALSEDAD del documento que obra a folio 52 del expediente, acompañado a la demanda como prueba contra el suscrito demandado...

Hizo consistir la falsedad del documento materia de la tacha, en que los datos de la certificación, no correspondían a documentos existentes en el Juzgado Primero Penal Municipal de Agustín Codazzi (Cesar) y además dicha certificación no era de las que podían ser expedidas por el juez, según el art. 116 del C. de P. C.

A la tacha de falsedad se le imprimió el trámite legal, se decretaron algunas pruebas pedidas por las partes y se denegaron otras. Sobre este aspecto, se decidirá más adelante.

EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

La *causa pretendi* en la cual descansa la solicitud de pérdida de investidura de congresista, puede resumirse en las siguientes razones:

1) En cumplimiento de la sentencia de 19 de enero de 1993, proferida por la Sección Quinta de esta Corporación, mediante la cual anuló el Acuerdo No. 13 de 1991, expedido por el Consejo Nacional Electoral, "pero solo en cuanto declaró elegido al señor FELIPE DE JESUS NAMEN RAPALINO como Representante a la Cámara por la Circunscripción Electoral del Cesar", el Presidente de la Cámara de Representantes posesionó al señor EMIRO RAUL PEREZ ARIZA, acto que se llevó a cabo, en sesión plenaria realizada en dicha Corporación, el 13 de mayo de 1993.

2) El señor EMIRO RAUL PEREZ ARIZA, se hallaba inhabilitado para ser congresista, pues había sido condenado a penas de "prisión" y "multa", mediante sentencia de segunda instancia de 23 de febrero de 1988, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar, providencia que según se informa en la demanda, quedó ejecutoriada, por cuanto contra ella no procedía ninguna clase de recursos y en consecuencia está en firme.

Respalda las anteriores afirmaciones, el siguiente material probatorio:

a) Gaceta del Congreso - Año II No. 144 de 21 de mayo de 1993, dentro de la cual, en la página 7, obra el acta de la sesión ordinaria celebrada por la Cámara de Representantes el jueves 13 de mayo de 1993, en donde consta que el Presidente de dicha Corporación, posesionó al Honorable Representante EMIRO RAUL PEREZ ARIZA. Este hecho no fue materia de discusión en ningún sentido.

b) Fotocopia de la sentencia de 23 de febrero de 1988, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar, mediante la cual revocó en todas sus partes la sentencia de 8 de enero de 1988, proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Agustín Codazzi (Cesar) y en su lugar, condenó al señor EMIRO RAUL PEREZ ARIZA, a la pena principal de veinte meses de prisión, quince mil pesos de multa y como pena accesoria, la interdicción de derechos y funciones públicas, por el término de veinte meses.

La notificación de la sentencia definitiva, se realizó mediante edicto, el cual obra en fotocopia autenticada a folio 62 del cuaderno principal del expediente, con la respectiva constancia secretarial de ejecutoria. En la providencia mediante la cual se abrió el asunto a pruebas, se dispuso tener como tales los documentos antes mencionados, y en esa oportunidad, no fueron materia de ninguna observación. Solo vinieron a ser objetados por el apoderado del demandado, con ocasión de la presentación del alegato de conclusión y concretó sus reparos mediante la exposición de las siguientes razones:

A la fotocopia de la sentencia de segunda instancia:

Dice que ella no presta mérito probatorio, por cuanto no cumple con los requisitos previstos en los artículos 115-7 y 254 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que fue autenticada por el Secretario del juzgado, sin previo auto que lo ordenara y no fue tomada del original de la sentencia o de la copia autenticada.

A este respecto la Sala aclara que, la fotocopia de la sentencia y que obra en el proceso visible a folios 53 y siguientes del cuaderno principal del expediente, no fue autenticada por el Secretario del Juzgado, sino que lo fue ante el Notario 34 del Círculo de Bogotá. En la respectiva constancia, dice: "La presente fotocopia coincide exactamente con la fotocopia autenticada del original que tuve a la vista".

En esas condiciones, la Sala estima infundado el reparo sobre el valor probatorio de la fotocopia autenticada de la sentencia, alegado por el apoderado del demandado.

Igualmente, a juicio del señor apoderado del demandado, la constancia secretarial sobre notificación y ejecutoria de la sentencia que obra a folio 62 vuelto del cuaderno principal del expediente, no puede tener el carácter de documento público por no haber sido expedida por el propio juez y por esa circunstancia, no cumple con las previsiones consagradas en los artículos 116 y 262-1 del Código de Procedimiento Civil, advierte la Sala que, la forma de notificación y ejecutoria de la sentencia se ajusta a las formalidades legales, por lo siguiente:

a) El artículo 223 del Código de Procedimiento Civil, que señala la manera como debe realizarse la notificación de las sentencias por edicto, en lo pertinente dispone: "El edicto se fijará en lugar visible de la secretaría por tres días, y **en él anotará el secretario las fechas y horas de su fijación y desfijación"** (se destaca).

b) La constancia secretarial sobre notificación y ejecutoria de la sentencia, cuyo valor probatorio se discute, fue dictada dentro de un proceso penal. Por esa razón es importante agregar que, la disposición antes citada, armoniza con el contenido del art. 180 del Código de Procedimiento Penal, el cual dispone que, **"El secretario fijará el edicto al comenzar la primera hora hábil de día respectivo y los desfijará al finalizar la última hora hábil de aquel en que termine la notificación"** (se destaca).

En consecuencia, la constancia secretarial sobre notificación y ejecutoria de la sentencia que se comenta, se ajusta a las ritualidades que regulan la materia, pues la suscribió el secretario del Juzgado en ejercicio de sus funciones, y en cumplimiento de las disposiciones antes citadas. En tal virtud goza de pleno valor probatorio.

A lo anterior debe agregar la Sala, que el contenido de la sentencia y la constancia de notificación y ejecutoria de la misma, en ningún momento y en ningún sentido fue objetado por la parte contra quien se presentó el mencionado documento público.

Así mismo, expresa el demandado que no puede fundarse la pérdida de investidura en la sentencia de febrero 23 de 1988, por cuanto los mandatos contenidos en los artículos 179-1 y 183-1 de la C. N., no son leyes preexistentes a la sentencia de la condena y agrega que su afirmación no admite duda, frente al mandato contenido en el artículo 29 *ibídem,* según el cual "Nadie podrá ser condenado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa". A su entender, el desconocimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y el régimen del conflicto de intereses, tiene que ocurrir en el ejercicio del cargo o sea, que tiene que ser sobreviniente a la adquisición de la investidura y no anteceder a ésta.

Para la Sala, la locución **en cualquier época** señala con claridad, que la sentencia judicial constitutiva de la violación del régimen de inhabilidades, puede ser de fecha anterior o posterior a la adquisición de la investidura de congresista, no necesariamente sobreviniente a esta como pretende el demandado, pues la Constitución como norma que organiza el Estado y la sociedad, puede darle efectos a situaciones acaecidas antes de ser promulgada.

En cuanto a la afirmación que hace el apoderado del demandado, según la cual, el señor EMIRO RAUL PEREZ ARIZA, no le es aplicable la previsión consagrada en el artículo 179 de la C. N., sino la prevista en el art. 2o. transitorio de la misma obra, y que para el efecto cita la sentencia de 21 de mayo de 1992 proferida por la Sección Quinta de esta Corporación, en el expediente No. 0587, actor: DORA LIA ROJAS, se observa que, el criterio jurisprudencial expuesto en la aludida sentencia, no es aplicable en esta oportunidad, pues la causal de pérdida de investidura de congresista invocada en este proceso, es distinta a la invocada en la sentencia de la Sección Quinta que citó.

Por las anteriores razones, no se aceptan los planteamientos esgrimidos por el señor apoderado del Representante a la Cámara EMIRO RAUL PEREZ ARIZA.

En el *sub-lite,* a folios 53 y siguientes del cuaderno principal del expediente, obra la fotocopia autenticada con la respectiva constancia de notificación y ejecutoria, de la sentencia de 23 de febrero de 1988, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar, mediante la cual condenó al señor EMIRO RAUL PEREZ ARIZA a las penas de veinte meses de prisión y multa de quince mil pesos, como autor responsable del delito de ABUSO DE CONFIANZA y pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por un término de veinte meses.

Esta prueba lleva a la Sala a la convicción incontrovertible que el señor EMIRO RAUL PEREZ ARIZA, se hallaba incurso en la causal de pérdida de investidura de Congresista, consagrada en el numeral 1o. del artículo 179 de la Carta Política, la cual dispone:

> No podrán ser congresistas:
>
> 1. Quienes hayan sido condenados **en cualquier época** por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos culposos o políticos.

En consecuencia, esta Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, decretará la pérdida de investidura del Representante a la Cámara EMIRO RAUL PEREZ ARIZA.

La prueba que lleva a la Sala al convencimiento de que el Congresista Dr. EMIRO RAUL PEREZ ARIZA se halla incurso en la causal consagrada en el numeral 1o. del

artículo 179 de la C. N., es la fotocopia autenticada de notificación de la sentencia y la respectiva constancia de notificación, que obra en el expediente.

En ese orden, la certificación **objeto de la tacha,** suscrita por el Juez Primero Penal Municipal de Agustín Codazzi (Cesar), **expedida con fundamento en los datos consignados en los libros radicadores** que lleva dicho juzgado, resulta innecesaria y por lo tanto no ejerce influencia en la decisión que había de adoptarse. Por esa sucinta razón se denegará la tacha de falsedad documental.

En efecto, el inciso tercero del artículo 289 del C.P.C. dispone que "No se admitirá la tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión...".

La tacha de falsedad se denegará por la razón antes expuesta, con la aclaración de que, en el proceso esta no se demostró. En efecto, la hizo consistir en que los datos contenidos en el documento objeto de la tacha, no correspondían a documentos existentes en el juzgado y porque esa certificación no era de las que podía expedir el juez. Sin embargo, **con la inspección judicial** que para el efecto se ordenó, cuya acta obra a folios 306 y siguientes del expediente, se estableció que fue expedida con base en datos tomados del libro radicador, y sus datos coinciden, es decir que corresponde a documentos existentes en el juzgado y se ajusta al contenido del art. 116 del C.P.C., el cual faculta al juez para expedir certificaciones sobre la existencia de procesos, función que puede cumplir, ya sea valiéndose del expediente, o de los libros radicadores.

El artículo 292 del C.P.C., dispone que cuando la tacha de falsedad **se decida** en contra de quien la propuso, se condenará a éste a pagar a quien la aportó el equivalente de diez a veinte salarios mínimos mensuales, cuando no represente un valor económico.

Sin embargo, estima la Sala que en esta oportunidad no es procedente la imposición de la referida sanción, porque aun sin esa certificación, en este proceso está demostrada la condena, con la fotocopia autenticada de la sentencia de segunda instancia.

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

FALLA:

PRIMERO: Declárase no probadas las excepciones propuestas por el demandado.

SEGUNDO: Deniégase la tacha de falsedad, formulada por el señor EMIRO RAUL PEREZ ARIZA.

TERCERO: Niégase la condena al proponente de la tacha de falsedad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Decrétase la pérdida de investidura de Representante a la Cámara que ostenta el señor EMIRO RAUL PEREZ ARIZA, de conformidad con la parte considerativa de esta sentencia.

Para los efectos a que haya lugar, reconócese personería para actuar en este proceso, al abogado J. CLIMACO GIRALDO GOMEZ, en representación del señor EMIRO RAUL PEREZ ARIZA, en los términos del poder visible al folio 319 del cuaderno principal del expediente.

Comuníquese esta decisión, al señor Presidente de la Cámara de Representantes.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión realizada el día diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miguel González Rodríguez* (salvó el voto), *Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza M., Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Clara Forero de Castro, Miren De La Lombana de M.* (salvó el voto), *Luis Eduardo Jaramillo M., Alvaro Lecompte Luna, Delio Gómez Leyva, Augusto Hernández B.* (conjuez, ausente), *Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez R., Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta* (aclaró y salvó el voto), *Miguel Viana Patiño* (salvó el voto), *Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

SENTENCIA DE NULIDAD ELECTORAL–Efectos/**CONGRESISTA/ PERDIDA DE LA INVESTIDURA/DECAIMIENTO DEL ACTO/SUSTRACCION DE MATERIA**–(Salvamento de Voto)

Para la fecha de la sentencia de la cual disiento, 3 de junio de 1994, el demandado no tenía la investidura de congresista. Por tal razón, la lógica indica que no se podía declarar en ella la pérdida de la investidura de quien no la ostentaba. Los razonamientos expuestos me llevan a concluir que en el caso *sub-exámine* ha debido la Sala inhibirse para decidir por sustracción de materia, ante la inexistencia de la investidura de congresista del demandado en el momento de proferirse la decisión.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Salvamento de Voto del *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. AC-1063. Actor: Alberto Efraín Martínez Bustillo.

Con el respeto debido por la opinión mayoritaria de la Sala me he apartado de la decisión que decretó la pérdida de investidura del congresista Emiro Raúl Pérez Ariza por las siguientes razones:

1.– Mediante sentencia de 25 de marzo del presente año, que quedó en firme el 12 de abril del mismo, la Sección Quinta de esta Corporación decretó la nulidad del acto administrativo tácito de 13 de mayo de 1993, expedido por el Presidente de la Cámara de Representantes, mediante el cual se llamó al señor Emiro Raúl Pérez Ariza a ocupar el cargo de Representante a la Cámara, es decir, del acto que otorgó la investidura de congresista al demandado.

Uno de los fundamentos de dicha sentencia fue el siguiente:

"... El primero de los cargos invoca la violación del art. 179-1 de la C. N. por cuanto quien fue llamado y se posesionó para reemplazar la falta absoluta del Dr. Namen Rapalino estaba inhabilitado por haber sido condenado por el delito de abuso de confianza.

Al respecto observa la Sala:

... dentro del debate probatorio se allegan los documentos que dan a la Sala total certeza sobre la existencia de una condena en firme contra el señor Pérez Ariza a pena privativa de la libertad sin que tales documentos se discutan por la parte impugnadora, por lo que sin comentarios adicionales, debe concluirse, necesariamente, que el hecho alegado por la parte actora se encuentra debidamente comprobado y, en consecuencia, por este aspecto procede la anulación del acto acusado...".

2.– Sobre los efectos jurídicos de la sentencia en cuanto al tiempo en la acción de nulidad han coincidido la Doctrina y la Jurisprudencia en que son retroactivos, esto es, que afectan al acto demandado desde su génesis o formación y se considera éste como si no hubiera existido jamás.

En apoyo del anterior aserto, el tratadista y Consejero de Estado, doctor Miguel González Rodríguez, en su obra Código Contencioso Administrativo, Parte Primera, Librerías Jurídicas Wilches, 1990, página 417, sostiene al efecto:

"Efectos de la sentencia.– La sentencia que recae en la acción de nulidad produce efectos *erga-omnes,* es decir, para todas las personas (decreto 01 de 1984, art. 175), en cuanto haga la declaración de nulidad. La que deniegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada *erga-omnes,* pero sólo en relación con la *causa petendi* juzgada.

Por otro aspecto, es decir, en relación con el tiempo, la declaración de nulidad hecha por el juez administrativo, y a diferencia de la declaratoria de inexequibilidad hecha por la Corte Suprema respecto de las leyes y decretos-leyes, produce efectos retroactivos: la declaración de nulidad del acto administrativo surte sus efectos desde la fecha de expedición o publicación de él, como ya vimos".

Por su parte, la Sección Primera de esta Corporación en sentencia de 22 de mayo de 1974, Expediente No. 2013, Consejero Ponente doctor Carlos Galindo Pinilla, al precisar la diferencia entre los efectos de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo y de inexequibilidad de las leyes, dijo lo siguiente:

"... La diferencia de efectos entre la declaratoria de nulidad y la de inexequibilidad resulta clara, porque aquella parte del supuesto de que la norma viciada no ha tenido existencia jamás, por lo cual todo debe ser retrotraído al estado anterior

a su vigencia. En cambio, la declaratoria de inexequibilidad no desconoce la realidad de la vigencia anterior de la norma inexequible, dado el presupuesto fundamental de la unidad del orden jurídico, conforme al cual la norma superior permite la vigencia condicional de la norma 'antinormativa', de donde se deriva que la sentencia de inexequiblidad no implica el desconocimiento de las situaciones jurídicas constituidas con anterioridad....".

3.– Significa lo precedente, que para la fecha de la sentencia de la cual disiento, 3 de junio de 1994, el demandado Emiro Raúl Pérez Ariza no tenía la investidura de congresista. Por tal razón, la lógica indica que no se podía declarar en ella la pérdida de la investidura de quien no la ostentaba.

Los razonamientos expuestos me llevan a concluir que en el caso *sub-exámine* ha debido la Sala inhibirse para decidir por sustracción de materia, ante la inexistencia de la investidura de congresista del demandado en el momento de proferirse la decisión.

Fecha ut supra,

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Consejero.

SENTENCIA DE NULIDAD ELECTORAL–Efectos/**CONGRESISTA/PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA**–Improcedencia/**DECAIMIENTO DEL ACTO/ SUSTRACCION DE MATERIA**–(Salvamento de Voto)

La investidura que se decreta en la providencia de la cual me aparto, se profiere no solo cuando el señor Pérez Ariza no tenía la calidad de representante *de facto*, sino cuando tal condición había desaparecido del plano jurídico por virtud de la nulidad decretada en la Sección Quinta que despojó de toda validez al *acto ficto* al no hallarlo fundamentado en el orden jurídico vigente. Tal determinación que, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia, produce efectos *ex-tunc,* es decir con retroactividad a la fecha en que el acto anulado se originó, le hace perder toda validez al acto en cuanto su objeto, contenido y efectos en términos tales que es como si no hubiera existido; por consiguiente, y en este orden de ideas, el señor Pérez Ariza mal podía ser despojado de una investidura que jurídicamente, por razón de la nulidad y sus efectos retroactivos, nunca poseyó; pues ha de tenerse en cuanto, de otro lado, que la finalidad buscada por el constituyente al consagrar la figura de la pérdida de la investidura en los artículos 183 y concordantes de la Constitución Nacional, fue la de privar de la condición de congresista a quien vàlidamente la tuviera, por los motivos que expresamente la propia Constitución determina. Luego, en criterio del suscrito, quien no haya ostentado tal calidad, bien porque no fue elegido o por que su elección fue declarada nula, no puede, ser privado de algo que jamás ha poseído.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Salvamento de Voto del *Doctor Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. AC-1063. Actor: Alberto Efraín Martínez Bustillo.

Con mi acostumbrado respecto por la opinión mayoritaria de la Sala, me separo de la decisión adoptada en el presente proceso sobre pérdida de la investidura como congresista del señor Emiro Raúl Pérez Ariza, por las siguientes razones:

La determinación adoptada por la Sala se adoptó con posterioridad al fallo de la Sección Quinta de esta Corporación de fecha 25 de marzo del año en curso, por el cual se decretó la nulidad del acto administrativo tácito proferido por el Presidente de la Cámara de Representantes llamando al inculpado a ocupar el cargo de congresista. Tal providencia quedó debidamente ejecutoriada el 17 de abril del mismo año.

Significa lo anterior que la pérdida de la investidura que se decreta en la providencia de la cual me aparto, se profiere no sólo cuando el señor Pérez Ariza no tenía la calidad de representante *de facto,* sino cuando tal condición había desaparecido del plano jurídico por virtud de la nulidad decretada en la Sección Quinta que despojó de toda validez al *acto ficto* al no hallarlo fundamentado en el orden jurídico vigente. Tal determinación que, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia, produce efectos *ex-tunc,* es decir con retroactividad a la fecha en que el acto anulado se originó, le hace perder toda validez al acto en cuanto su objeto, contenido y efectos en términos tales que es como si no hubiera existido; por consiguiente, y en este orden de ideas, el señor Pérez Ariza mal podía ser despojado de una investidura que jurídicamente, por razón de la nulidad y sus efectos retroactivos, nunca poseyó; pues ha de tenerse en cuanto, de otro lado, que la finalidad buscada por el constituyente al consagrar la figura de la pérdida de la investidura en los artículos 183 y concordantes de la Constitución Nacional, fue la de privar de la condición de congresista a quien válidamente la tuviera, por los motivos que expresamente la propia Constitución determina. Luego, en criterio del suscrito, quien no haya ostentado tal calidad, bien porque no fue elegido o por que su elección fue declarada nula, no puede ser privado de algo que jamás ha poseído.

Lo anterior, me inclina a concluir que, en el *sub-lite,* la Sala ha debido inhibirse, por sustracción de materia, de pronunciarse sobre la pérdida de investidura como congresista del señor Emiro Raúl Pérez Ariza.

Con todo respeto,

Miguel Viana Patiño.

RECUSACION–Improcedencia/**PROCESO ELECTORAL/PERDIDA DE LA INVESTIDURA**–Diferencias/**RECUSACION**–Causales/**CONOCIMIENTO DEL PROCESO EN INSTANCIA ANTERIOR**–(Salvamento de Voto)

Ni la Constitución ni la Ley erigen al proceso iniciado mediante la acción de nulidad de carácter electoral y su correspondiente decisión, como instancia anterior a la solicitud de pérdida de investidura de un congresista, ni a esta última como instancia anterior al primero. Los presupuestos, las pretensiones, la competencia, el trámite y los efectos de la decisión son distintos en cada uno de los procesos. Es más, en la providencia que resolvió sobre la pérdida de investidura se consignó la negativa a la proposición de solicitar información a la Sección Quinta, de la cual hago parte, sobre el proceso electoral que menciona la parte recusante, lo cual muestra a las claras que se trata de dos procesos diferentes y ninguno de los dos constituye con respecto al otro, la "instancia anterior" de que trata la norma que establece la causal de recusación en estudio. Es preciso anotar que las razones para no avocar el conocimiento del negocio (falta de competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo y la falta de procedimiento especial para cumplir el mandato constitucional) que originaron el salvamento de voto a la decisión mayoritaria, no tienen relación alguna con consideraciones respecto de sentirme incursa en ninguna de las causales de recusación, en especial, la señalada en el numeral 2o. del artículo 150 del C. de P. C. que invoca la parte recusante. Para efectos de lo previsto en el art. 152 del C. de. P. C., no acepto que sea cierto el hecho de haber conocido del proceso de pérdida de investidura en instancia anterior como lo alega el recusante a fin de considerarme como incursa en la causal 2a. del art. 150 del C. de P. C., en la cual no me encuentro.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Salvamento de Voto de la *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. AC-1063. Actor: Alberto Efraín Martínez Bustillo.

En atención a lo ordenado por Auto del 3 de junio de 1994, la suscrita consejera de Estado se permite manifestar:

Por memorial presentado el 18 de mayo del año en curso, el señor Emiro Raúl Pérez Ariza presentó escrito de recusación en mi contra, con fundamento en el hecho de que hice parte de la Sección Quinta de la Sala de lo Contenciso Administrativo que conoció del Proceso 1038, que culminó con sentencia anulatoria del acto de llamamiento del señor Emiro Raúl Pérez Ariza como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Cesar, proceso en el cual, aunque con distinto actor, se debatieron idénticos hechos a los planteados en el de solicitud de pérdida de investidura en el que, en su criterio, yo no podría intervenir.

Invoca, como fundamento, el numeral 2o. del Art. 150 del C. de P. C. que, a su juicio, establece que *"el haber conocido del proceso en instancia anterior impide al juez volver a intervenir como tal en instancia posterior en que se debatan los mismos hechos"* (fl. 1).

Al respecto me permito precisar:

El Art. 150-2 del C. de P. C., invocado, es del siguiente tenor:

> *"Son causales de recusación las siguientes:*
>
> *2. Haber conocido del proceso en instancia anterior, el juez, su cónyuge o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente".*

La disposición transcrita establece como causal de recusación del juez, el haber conocido del mismo proceso en instancia anterior.

Nótese que la norma no prevé como presupuesto de la causal el conocimiento de unos mismos hechos (como asegura el recusante) o del mismo punto de derecho o de una misma prueba, sino de un mismo proceso.

Ahora bien, el proceso radicado en la Sección Quinta con el No. 1038 contenía una demanda mediante la cual se instauró la acción de nulidad de carácter electoral contra el acto de llamamiento como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Cesar, del señor Emiro Raúl Pérez Ariza, que fue decidida mediante sentencia del 25 de marzo de 1994.

El expediente radicado en la Secretaría General con el No. AC-1063 contiene una solicitud de pérdida de investidura como Representante a la Cámara del señor Emiro Raúl Pérez Ariza que fue decidida por sentencia del 17 de mayo de 1994.

Se trata, de dos procesos de única instancia, diferentes entre sí, por lo que no hay lugar a considerar, siquiera, que se ha podido intervenir de alguna manera en instancia anterior en cada uno de ellos.

Y lo afirmado en el párrafo anterior respecto de cada uno de los negocios, debo afirmarlo en relación con el conocimiento de uno de los procesos con posterioridad al otro.

En efecto, ni la Constitución, ni la Ley erigen al proceso iniciado mediante la acción de nulidad de carácter electoral y su correspondiente decisión, como instancia anterior a la solicitud de pérdida de investidura de un congresista, ni a esta última como instancia anterior al primero.

Los presupuestos, las pretensiones, la competencia, el trámite y los efectos de la decisión son distintos en cada uno de los procesos. Es más, en la providencia que resolvió sobre la pérdida de investidura se consignó la negativa a la proposición de solicitar información a la Sección Quinta, de la cual hago parte, sobre el proceso electoral que menciona la parte recusante, lo cual muestra a las claras que se trata de dos procesos diferentes y ninguno de los dos constituye con respecto al otro, la *"instancia anterior"* de que trata la norma que establece la causal de recusación en estudio.

De lo anterior se deduce claramente que las hipótesis previstas en la norma no se avienen con la situación fáctica descrita por la parte recusante.

Por último, es preciso anotar que las razones para no avocar el conocimiento del negocio (falta de competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo y falta de procedimiento especial para cumplir el mandato constitucional) que originaron el salvamento de voto a la decisión mayoritaria, no tienen relación alguna con consideraciones respecto de sentirme incursa en ninguna de las causales de recusación, en especial, la señalada en el numeral 2o. del art. 150 del C. de P. C., que invoca la parte recusante.

Por las anteriores razones, para efectos de lo previsto en el art. 152 del C. de P. C., no acepto que sea cierto el hecho de haber conocido del proceso de pérdida de investidura en instancia anterior como lo alega el recusante a fin de considerarme como incursa en la causal 2a. del art. 150 del C. de P. C., en la cual no me encuentro.

Del señor Consejero,

Miren De La Lombana de Magyaroff.

CONSTITUCION POLITICA–Vigencia/**PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA NORMA CONSTITUCIONAL**–Improcedencia/**CONGRESISTA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA**–(Salvamento de Voto)

No es posible aplicar la Carta Política de 1991 de manera retroactiva, para decretar la pérdida de la investidura de congresista a una persona que, antes de su expedición y vigencia, incurrió en hecho considerado como delito por la ley penal, aun cuando ello sí es viable, por la redacción del art. 179 de la misma Constitución, para instaurar acción electoral en orden a obtener la declaratoria de nulidad de la elección, pero sin la consecuencia de la pérdida de investidura de congresista. Sobre la irretroactividad de la norma constitucional de 1991, o sea, su aplicación a hechos anteriores, la misma Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ya se ha pronunciado reiteradamente en otras ocasiones, en relación con otra acción nueva, como es la acción de tutela consagrada por primera vez en el país, mediante el art. 86 de la norma suprema, al decir que esa acción de tutela no procede en relación con actos u omisiones anteriores a julio de 1991, salvo que la acción o la omisión se hubiere prolongado en el tiempo, después de esa fecha.

CONGRESISTA–Inhabilidades/**PROCESO ELECTORAL/PERDIDA DE LA INVESTIDURA**–Improcedencia/**CONGRESISTA**–Incompatibilidades–(Salvamento de Voto)

Cuando una persona es inelegible por estar afectado de inhabilidad para ello, según la Constitución o la Ley, lo que procede procesalmente es el juicio electoral, que se debe promover dentro del término de caducidad señalado en la Ley 14 de 1988, y no el juicio o solicitud de pérdida de

investidura de congresista, así del tenor literal del artículo 183-1 de la C. N. pudiera surgir una conclusión contraria, como se ha concluido por la mayoría de la Sala, pues una cosa es que el ciudadano sea inelegible, caso en el cual se le puede sancionar, en virtud de esa violación del régimen de inhabilidades, sin otras consecuencias, y, otra muy diferente, la violación del régimen de incompatibilidades estando en ejercicio del cargo de elección popular, caso en el cual se le sanciona no sólo quitándole la investidura, sino con la más grave de todas las sanciones como es la de inhabilidad o imposibilidad de volver a ser elegido por cargo de esa naturaleza.

SENTENCIA DE NULIDAD ELECTORAL–Efectos/**PRINCIPIO DEL *NON BIS IN IDEM*/CONGRESISTA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA/PRINCIPIO DE COSA JUZGADA**–(Salvamento de Voto)

La tramitación del nuevo proceso y su decisión de fondo, siendo la *causa petendi* igual a la que se planteó en el juicio ya terminado, no desconoce el principio del *non bis in idem,* es decir, el principio de derecho universalmente aceptado según el cual a una persona no se le pueda juzgar dos veces por la misma causa o razón. Sería admisible, me pregunto, que a un congresista se le pueda juzgar por haber supuestamente quebrantado el régimen de inhabilidades para ser elegido, mediante el juicio o proceso de pérdida de investidura, cuando ya la propia Corporación judicial en sentencia anterior ejecutoriada dictada por la Sección Quinta, se pronunció en juicio de naturaleza electoral llegando a la conclusión de que la declaratoria de elección no es nula, por no haberse desconocido ese mismo régimen de inhabilidades por la misma causal que se invoca en el segundo proceso? En otras palabras, ¿puede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado desconocer la fuerza de cosa juzgada resultante de la sentencia ejecutoriada de la Sección Quinta de la misma Corporación?

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Salvamento de Voto del *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. AC-1063. Actor: Alberto Efraín Martínez.

Las consideraciones por las cuales me aparté del proyecto de sentencia, acogido por la mayoría de la Sala, son las siguientes, en síntesis:

1a. Como lo sostuve en mi salvamento de voto a la sentencia por medio de la cual se decretó la pérdida de investidura del congresista, doctor FERNANDO GONGORA ARCINIEGAS, cuando una persona es inelegible por estar afectado de inhabilidad para ello, según la Constitución o la Ley, lo que procede procesalmente es el juicio electoral, que se debe promover dentro del término de caducidad señalado en la Ley 14 de 1988, y no el juicio o solicitud de pérdida de investidura de congresista, así del tenor literal del artículo 183-1 de la C. N. pudiera surgir una conclusión contraria, como se ha concluido por la mayoría de la Sala, pues una cosa es que el ciudadano sea inelegible, caso en el cual se le puede sancionar, en virtud de esa violación del régimen de inhabilidades, sin otras consecuencias, y, otra muy diferente, la violación del régimen de incompatibilidades estando en ejercicio del cargo de elección popular, caso en el cual se le sanciona no sólo quitándole la investidura, sino con la más grave de todas las sanciones como es la de la inhabilidad o imposibilidad de volver a ser elegido por cargo de esa naturaleza.

2a. Por otra parte, ¿de qué se le priva a un ciudadano cuando ya no posee la investidura de congresista, en razón a que, con anterioridad, la misma jurisdicción en un juicio electoral ha declarado la nulidad de su elección como congresista por haberlo sido estando inhabilitado para ello, y la sentencia se encuentra ejecutoriada en el momento de adoptar la decisión de pérdida de investidura de congresista? Es decir, cuando existe una sentencia ejecutoriada que produce efectos retroactivos al momento de la elección.

3a. Además, la tramitación del nuevo proceso y su decisión de fondo, siendo la *causa petendi* igual a la que se planteó en el juicio ya terminado, no desconoce el principio del *non bis in idem*, es decir, el principio de derecho universalmente aceptado según el cual a una persona no se le puede juzgar dos veces por la misma causa o razón.

Sería admisible, me pregunto, que a un congresista se le pueda juzgar por haber supuestamente quebrantado el régimen de inhabilidades para ser elegido, mediante el juicio o proceso de pérdida de investidura, cuando ya la propia Corporación judicial en sentencia anterior ejecutoriada dictada por la Sección Quinta, se pronunció en juicio de naturaleza electoral llegando a la conclusión de que la declaratoria de elección no es nula, por no haberse desconocido ese mismo régimen de inhabilidades por la misma causal que se invoca en el segundo proceso? En otras palabras, ¿puede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado desconocer la fuerza de cosa juzgada resultante de la sentencia ejecutoriada de la Sección Quinta de la misma Corporación?

4a. Finalmente, he considerado, y lo sigo haciendo, que no es posible aplicar la Carta Política de 1991 de manera retroactiva, para decretar la pérdida de la investidura de congresista a una persona que, antes de su expedición y vigencia, incurrió en hecho considerado como delito por la ley penal, aun cuando ello sí es viable, por la redacción

del art. 179 de la misma Constitución, para instaurar acción electoral en orden a obtener la declaratoria de nulidad de la elección, pero sin la consecuencia de la pérdida de investidura de congresista.

Sobre este particular, es decir, sobre la irretroactividad de la norma constitucional de 1991, o sea, su aplicación a hechos anteriores, la misma Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ya se ha pronunciado reiteradamente en otras ocasiones, en relación con otra acción nueva, como es la acción de tutela consagrada por primera vez en el país, mediante el art. 86 de la norma suprema, al decir que esa acción de tutela no procede en relación con actos u omisiones anteriores a julio de 1991, salvo que la acción o la omisión se hubiere prolongado en el tiempo, después de esa fecha.

¿No existe allí un cambio y una contradicción jurisprudencial, debiendo ser la solución la misma?

Respetuosamente,

Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado.

Fecha *ut supra.*

CONGRESISTA–Inhabilidades/**PERDIDA DE LA INVESTIDURA/EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/VALORES CONSTITUCIONALES**–(Salvamento de Voto)

La Sala ha decidido inaplicar las normas constitucionales que sirvieron de apoyo a la demanda, por ser inconstitucionales, como paso a explicarlo. La posibilidad de que existan normas constitucionales inconstitucionales ha sido aceptada por la doctrina extranjera, y encuentra respaldo, en el derecho nacional. Los VALORES JUSTICIA, IGUALDAD y LIBERTAD no resultan acaso seriamente comprometidos cuando en el artículo 179 de la Constitución, numeral cuarto (4o.), se preceptúa que de por vida no pueden volver a ser congresistas "QUIENES HAYAN PERDIDO LA INVESTIDURA". El universo que tienen los artículos que en la Constitución Nacional regulan todo lo relacionado con el régimen de INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES, deja la impresión de que el parlamentario que era PERSONA, en el momento de solicitar el apoyo popular, DEJA DE SERLO por la sola circunstancia de ser elegido. El derecho no es norma y no es la ley la que se interpreta sino la conducta humana, en su interferencia intersubjetiva. Si el pueblo selecciona, a su talante, sus representantes, ese hecho demanda la mayor consideración. El fallo que ordena la pérdida de la investidura no debe ser el fruto de un proceso fácil, montado sobre prueba oficiosa, y aplicación mecánica de la norma.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Salvamento de Voto del *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

del art. 179 de la misma Constitución, para instaurar acción electoral en orden a obtener la declaratoria de nulidad de la elección, pero sin la consecuencia de la pérdida de investidura de congresista.

Sobre este particular, es decir, sobre la irretroactividad de la norma constitucional de 1991, o sea, su aplicación a hechos anteriores, la misma Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ya se ha pronunciado reiteradamente en otras ocasiones, en relación con otra acción nueva, como es la acción de tutela consagrada por primera vez en el país, mediante el art. 86 de la norma suprema, al decir que esa acción de tutela no procede en relación con actos u omisiones anteriores a julio de 1991, salvo que la acción o la omisión se hubiere prolongado en el tiempo, después de esa fecha.

¿No existe allí un cambio y una contradicción jurisprudencial, debiendo ser la solución la misma?

Respetuosamente,

Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado.

Fecha *ut supra.*

CONGRESISTA–Inhabilidades/**PERDIDA DE LA INVESTIDURA/EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/VALORES CONSTITUCIONALES**–(Salvamento de Voto)

La Sala ha decidido inaplicar las normas constitucionales que sirvieron de apoyo a la demanda, por ser inconstitucionales, como paso a explicarlo. La posibilidad de que existan normas constitucionales inconstitucionales ha sido aceptada por la doctrina extranjera, y encuentra respaldo, en el derecho nacional. Los VALORES JUSTICIA, IGUALDAD y LIBERTAD no resultan acaso seriamente comprometidos cuando en el artículo 179 de la Constitución, numeral cuarto (4o.), se preceptúa que de por vida no pueden volver a ser congresistas "QUIENES HAYAN PERDIDO LA INVESTIDURA". El universo que tienen los artículos que en la Constitución Nacional regulan todo lo relacionado con el régimen de INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES, deja la impresión de que el parlamentario que era PERSONA, en el momento de solicitar el apoyo popular, DEJA DE SERLO por la sola circunstancia de ser elegido. El derecho no es norma y no es la ley la que se interpreta sino la conducta humana, en su interferencia intersubjetiva. Si el pueblo selecciona, a su talante, sus representantes, ese hecho demanda la mayor consideración. El fallo que ordena la pérdida de la investidura no debe ser el fruto de un proceso fácil, montado sobre prueba oficiosa, y aplicación mecánica de la norma.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Salvamento de Voto del *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. AC-1063. Pérdida de Investidura del doctor Emiro Raúl Pérez Ariza. Actor: Alberto Efraín Martínez.

A continuación consigno las razones por las cuales estimo que en todos los casos de pérdida de investidura, la Corporación debe inaplicar las normas correspondientes por inconstitucionales.

La posibilidad de que existan normas constitucionales inconstitucionales ha sido aceptada por la doctrina extranjera, y encuentra respaldo, en el derecho nacional, en la posición jurídica fijada por los magistrados Drs. Luis Carlos Sáchica, Gustavo Gómez Velásquez, Humberto Mesa González, Luis Sarmiento Buitrago, Fernando Uribe Restrepo, Alvaro Luna Gómez y Darío Velásquez Gaviria, al salvar su voto cuando la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, profirió la providencia calendada el día dos (2) de octubre de mil novecientos ochenta (1980). Expediente No. 799. En lo sustancial de tal pieza jurídica, se lee:

> "6o.– Si se quiere, por otra parte, vivificar la Constitución, ello exige entender que ella no solo está conformada por las normas positivas en que se expresa, sino POR LOS PRINCIPIOS IMPLICITOS EN LAS MISMAS Y POR LOS VALORES ENUNCIADOS COMO OBJETIVOS DE SU PRECEPTIVA; estos son instancias **supra,** aunque no extraconstitucionales, a las cuales es necesario referir toda interpretación y toda aplicación de las normas positivas; y su desconocimiento debe acarrear invalidez, inconstitucionalidad, pues todo lo que sea contrario a la JUSTICIA tiene que ser contrario al derecho, y un control de constitucionalidad que no tenga este enfoque es incompleto y carece de eficacia. En consecuencia, cuando las normas acusadas, **no importa su rango,** atentan contra la unidad nacional, la paz o la justicia, proclamadas en el preámbulo de la Constitución como la razón de ser de la forma de vida colectiva en ella propuesta, el juez de constitucionalidad debe invalidarlas, ya que el derecho positivo no se justifica por sí mismo.
>
> "7. POR ESTO, NO ES ABSURDO PLANTEAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA DISPOSICION CONSTITUCIONAL FRENTE A LOS POSTULADOS DEL PREAMBULO, ya que él forma parte de la Constitución, tiene, fuerza directiva sobre el texto constitucional y expresa los fines para cuya realización es simple herramienta la Constitución..." (destacados de la Sala).

Dentro de la misma perspectiva filosófica y jurídica discurre el tratadista español Dr. ANTONIO E. PEREZ LUÑO, en su obra "LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, Editorial Tecnos, Tercera Edición, páginas 58 y siguientes cuando enseña:

"La Constitución española ofrece, en este aspecto, un paradigma de complejidad, que hace muy difícil su elaboración sistemática. Es evidente que nuestra Ley de leyes responde a un sistema de positivación mixto, por llevarse a cabo lo mismo a partir de cláusulas o postulados generales que de normas específicas o casuísticas. Ahora bien, su formulación rebasa la tipología aludida, ya que entiendo que pueden distinguirse hasta cinco instrumentos distintos de positivación, los cuales, ordenados de menor a mayor precisión jurídico-positiva, aparecen como:

"1) Valores superiores del orden jurídico-político constitucional. Bajo esta acepción se alude a los derechos fundamentales en el Preámbulo de la Constitución, que viene a representar la síntesis de los valores básicos, en sentido análogo a lo que la doctrina germana denomina Grundwerte, asumidos por el más amplio sector de la sociedad española actual. Allí se indica que: "La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: (...) Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos (...) Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida (...)".

"De forma expresa define también la Constitución "como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político" (art. 1o. 1)".

"2) Principios constitucionales. Aquí quedarían englobados una serie de principios dirigidos a delimitar el marco político, social y económico que va a determinar las modalidades de ejercicio de todos los derechos fundamentales, como también una serie de postulados encaminados a orientar la acción de los poderes públicos. Así, el artículo 9o. 2 al prescribir que: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". De igual modo que el artículo 10, que cifra en la dignidad de la persona el fundamento del orden político y de la paz social (apartado 1) y que establece como criterio hermenéutico de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por España (apartado 2). También deben encuadrarse aquí los artículos 39 a 52 incluidos en el Capítulo III del Título I denominados "Principios rectores de la política social y económica", sobre los que expresamente se afirma que informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3).

"3) Cláusulas generales. Un numeroso grupo de derechos fundamentales acogidos en el articulado de la Constitución y positivados como tales derechos, y no como principios, se hallan remitidos a la legislación orgánica para la delimitación de su alcance y contenido. Entre otros pueden citarse, dentro de este apartado, el artículo 17.4, con respecto a la regulación del ***habeas corpus;*** el 18.4, sobre la limitación del uso de la informática; el 20.3, sobre organización y control de medios de comunicación social; el 24.2, sobre la exención, por razones de parentesco o de secreto profesional, de la obligación de declarar sobre presuntos hechos delictivos; el 28.2, en materia del derecho a la huelga; el 29, en relación con el derecho de petición...

"4) Normas específicas o casuísticas. Nuestra Constitución proclama también en su texto articulado una serie de derechos de forma pormenorizada, sin hacer referencia a su ulterior desarrollo legislativo, de lo que se infiere que su positivación constitucional va a ser la normativa configuradora de su alcance y significación. Tal es el caso, entre otros, del reconocimiento del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14) o la prohibición de los tribunales de honor (art. 26).

"5) Normas de tutela. La Constitución española de 1978, aparte las normas encaminadas a formular positivamente los derechos fundamentales, recoge también distintas normas dirigidas a su garantía. Directa referencia a estos instrumentos jurídicos de defensa de los derechos fundamentales se halla en el artículo 53, o en el 54, que institucionaliza la figura del Defensor del Pueblo...".

"(...)

"La distinción entre el sistema de positivación a través de valores y principios y de normas específicas no carece de transcendencia práctica, ya que, mientras la doctrina no discute el alcance jurídico-positivo de los derechos fundamentales promulgados por el procedimiento casuístico, se da una profunda disparidad de criterios sobre el sentido normativo de los valores y principios. Ya que mientras para determinados autores los valores y principios constitucionales son meros postulados programáticos, reflejo de determinadas ideologías filosóficas o políticas, que por su propia naturaleza no pueden traducirse en reglas obligatorias, para otros constituyen auténticas normas jurídico-positivas que imponen determinadas conductas, sea al poder legislativo, sea al poder ejecutivo o a la propia administración de justicia.

"Partiendo de una teoría general de la Constitución, la normatividad de los valores y los principios se prueba por la existencia de las denominadas "normas constitucionales inconstitucionales", (*Verfassungswidrige Verfassungsnormen,*

en la terminología de la doctrina alemana), con lo que se intenta subrayar la primacía hermenéutica de los valores, hasta el punto de determinar la inconstitucionalidad de las propias normas constitucionales que contradigan su sentido.

En este momento del discurso judicial, la Sala se pregunta: Los VALORES JUSTICIA, IGUALDAD y LIBERTAD no resultan acaso seriamente comprometidos cuando en el artículo 179 de la Constitución, numeral cuarto (4o.), se preceptúa que de por vida no pueden volver a ser congresistas "QUIENES HAYAN PERDIDO LA INVESTIDURA"? ¿Acaso eternizar el castigo no equivale a eternizar el mal, como lo enseñaba el teólogo evangélico ROTHE en 1869?

"Un ordenamiento positivo JUSTO podrá consagrar una sanción de por vida". ¿Y disponer que no se puede ser congresista porque en un momento dado de la existencia se profirió una sentencia de condena, en contra del parlamentario, sin entrar a distinguir el universo mismo que tuvo el delito? ¿Una sanción penal, por unas lesiones personales, podrá tener las mismas consecuencias que otra, por un homicidio? ¿No se atenta acaso contra la DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA, y contra el VALOR IGUALDAD, cuando se preceptúa en la Carta que los congresistas no podrán DESEMPEÑAR CARGO PRIVADO, sin hacer excepciones de ninguna naturaleza? ¿No podrán ellos, por ejemplo, ser los administradores del edificio en donde viven, o Presidentes de la Junta del Colegio en donde estudian sus hijos?

¿Por qué se impide a los congresistas GESTIONAR EN NOMBRES PROPIO O AJENO, asuntos ante las autoridades públicas? ¿Acaso el parlamentario no contrae obligaciones con sus electores? ¿La gestión para que se paguen las deudas de la Nación en favor de los Departamentos o de los Municipios, o para que se inicie la carretera o se construya la escuela, es antijurídica? Es verdad que el parlamentario es el representante de LA NACION, y por lo mismo, no queda vinculado por mandato alguno de persona o grupo. Pero como bien lo destaca Norberto Bobbio, en su obra, EL FUTURO DE LA DEMOCRACIA, **¿"Y dónde podemos encontrar un representante que no represente intereses particulares"?** Ciertamente no en los sindicatos, de los cuales, por lo demás, depende la estipulación de acuerdos, como los acuerdos nacionales italianos sobre la organización y sobre el costo del trabajo, que tienen una enorme importancia política. ¿En el Parlamento? Pero, ¿qué representa la disciplina de partido sino una abierta violación de la prohibición del mandato imperativo? Aquellos que a veces huyen de la disciplina de partido aprovechándose del voto secreto, ¿no son tal vez tachados como "francotiradores", o sea, como réprobos a los que hay que señalar a la condena pública? La prohibición de mandato imperativo es, sobre todo, una regla sin sanción. Por el contrario, la única sanción temible por el diputado cuya reelección depende del apoyo del partido, es la derivada de la transgresión de la regla opuesta, que le impone considerarse vinculado al mandato que ha recibido del propio partido.

"Una prueba del desquite, me atrevería a decir definitivo, de la representación de los intereses sobre la representación política, es el tipo de relación que se ha venido instaurando en la mayor parte de los Estados democráticos europeos entre los grandes grupos de intereses contrapuestos (representantes, respectivamente, de los industriales y de los obreros) y el Parlamento, una relación que ha dado lugar a un nuevo tipo de sistema social que ha sido llamado, con razón o sin ella, neocorporativo. Tal sistema se caracteriza por una relación triangular, en la que el Gobierno, idealmente representante de los intereses nacionales, interviene sólo como mediador entre las partes sociales y, como máximo, cual garante (por lo general impotente) de la observancia del acuerdo. Los que, hace unos diez años, elaboraron este modelo, que hoy se halla en el centro del debate sobre las "transformaciones" de la democracia definieron la sociedad neo-corporativa como una forma de solución de los conflictos sociales que se sirve de un procedimiento, el del acuerdo entre grandes organizaciones, que no tiene nada que ver con la representación política y que, por el contrario, constituye una expresión típica de representación de los intereses".

El universo que tienen los artículos que en la Constitución Nacional regulan todo lo relacionado con el régimen de INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES, deja la impresión de que el parlamentario que era PERSONA, en el momento de solicitar el apoyo popular, DEJA DE SERLO por la sola circunstancia de ser elegido. No deja de ser curioso que la misma Asamblea Constituyente, que definió que sus actos no tenían control alguno, consagrara en forma tan contradictoria, todo lo relacionado con el régimen a que ha venido haciendo referencia, pues si el pueblo elige como su representante, a quien no debería serlo, a la luz de cierta perspectiva moral, resulta bien difícil, por no decir imposible, JUZGAR LA CONDUCTA DE LAS PERSONAS CON INDEPENDENCIA DE LAS NORMAS DE GRUPO, que lo ha considerado digno de tener tal calidad. Como lo recuerda bien el Profesor DAVID LYONS, "Los grupos sociales no constituyen agrupaciones simples y homogéneas de individuos que tienen opiniones coincidentes sobre todo. En la vida real los grupos sociales no sólo difieren entre sí, sino que cada uno incluye a personas con muy diversas opiniones. Aunque los miembros de un grupo determinado suelen compartir CIERTOS VALORES BASICOS, a menudo DISCREPAN EN CUANTO A PROBLEMAS MORALES..." (Etica y Derecho. Ariel, pág. 32).

Para el caso vienen bien las enseñanzas de Henry David Thoreau cuando predica:

> "¿Nunca aprenderán los hombres que la política no es la honradez, y que jamás dictamina como justo la moral sino que simplemente se guía por lo que es útil? La política elige al candidato presentado que invariablemente es el diablo y, ¿qué derecho tienen los electores de sorprenderse porque el diablo no se comporte como un ángel de la luz? Lo que se necesita son hombres, no políticos, hombres íntegros que reconozcan que existe una ley superior a la Constitución o a la

decisión de la mayoría. El destino de un país no depende de cómo se vote en las elecciones, el peor hombre vale tanto como el mejor en este juego; no depende de la papeleta que introduzcas en las urnas una vez al año, sino del hombre que echas de tu cuarto a la calle cada mañana".

El proceso orientado a decretar la pérdida de la investidura no puede convertirse en una cacería de brujas. Tampoco se puede manejar la ilusión de que montando sentencias de condena sobre contratos con una cuantía de QUINIENTOS MIL PESOS ($500.000.oo), se va a moralizar el país. El derecho no es norma y no es la ley la que se interpreta sino la conducta humana, en su interferencia intersubjetiva. Ello demanda del juez gran ponderación y esfuerzos superiores para no fallar bajo los efectos de los PREJUICIOS SUBLIMINALES.

Preocupa que en los procesos orientados a que se decrete la pérdida de la investidura prevalezca la escuela de la exégesis, el dogmatismo, la creencia muy generalizada de que el derecho es norma y nada más que norma. Manejando esta perspectiva jurídica se pueden cometer muchas injusticias. Esta verdad jurídica lleva al jurista Karl Larenz, a enseñar:

"En el curso del siglo XIX, la dogmática degeneró en un conceptualismo estrecho, que constituyó un serio obstáculo para la evolución de la jurisprudencia y del mundo del comercio jurídico. Ello hizo nacer reacciones de diferente signo contra el **"positivismo jurídico"** y el **"positivismo legal"** términos con los cuales la mayor parte de las veces entendemos sólo una sobrevaloración de la ley y de la dogmática orientada hacia la ley **y una subvaloración de los elementos creativos, singularmente de la jurisprudencia, del sentimiento jurídico, de la intuición de lo que ESSSER ha llamado una profundización en las posibilidades de la evidencia que existen en la valorización predogmática"** (Derecho Justo. Editorial Civitas, página 25).

La inquietud anterior nace del respeto que merece la democracia representativa. Si el pueblo selecciona, a su talante, sus representantes, ese hecho demanda la mayor consideración. El fallo que ordena la pérdida de la investidura no debe ser el fruto de un proceso fácil, montado sobre prueba oficiosa, y aplicación mecánica de la norma. En un país enfermo de envidia y manejado en muchas de sus áreas ciudadanas por el **"rumor"** o el **"chisme"**, se impone el máximo de prudencia jurídica. Si se entiende por régimen democrático –como lo enseña **Norberto Bobbio**– "... el conjunto de reglas de procedimiento para la formación de decisiones colectivas, en las cuales está prevista y facilitada la participación más amplia posible de los interesados", se debe tener mucha cautela al decidir romper el marco inicial que el pueblo se dio para la toma de tales decisiones. Haciendo propias, las palabras del citado maestro y filósofo, la Sala se resiste a contribuir, en casos como el presente, a destruir nuestra democracia "...

siempre frágil, siempre vulnerable, corrompible y a menudo corrompida, para hacerla perfecta". No seduce la acción de aquellos que ... "tomando la imagen **Hobbesiana,** se comportan como las hijas de **Pelias,** que despedazaron a su viejo padre para resucitarlo..." (El Futuro de la Democracia, Plaza Janes, páginas 15 y s.s.).

Atentamente,

Julio César Uribe Acosta.

CONGRESISTA–Inhabilidades/EMPLEADO PUBLICO–Inexistencia/ ENTIDADES DESCENTRALIZADAS/JUNTA DIRECTIVA–Miembro

Como de acuerdo con el artículo 322 de la Constitución Política de 1991, el régimen administrativo del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, "será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios", y ante la ausencia de norma especial aplicable al caso en la época durante la cual el Dr. Guevara fue miembro de la junta directiva de la Caja de Previsión Social del Distrito Capital, no cabe ninguna duda de que a su situación era aplicable el citado artículo 162 del Decreto-Ley 1333 de 1986 y que, por lo mismo, por el hecho de ser miembro de la citada junta directiva no tenía la calidad de empleado público.

CONGRESISTA–Incompatibilidades/EMPLEADO PUBLICO/ENTIDADES DESCENTRALIZADAS/JUNTA DIRECTIVA–Miembro/PERIODO CONSTITUCIONAL

Según los artículos transitorios 1, 3 y 4 de la Constitución de 1991, el período Constitucional del Congreso elegido el 27 de octubre de 1991 comenzó el 1o. de diciembre de ese año y termina el 19 de julio de 1994. Como el demandado tuvo la calidad de miembro de la junta directiva de la Caja de Previsión Social del Distrito Capital hasta el 22 de noviembre de 1991, se colige fácilmente que para el momento de iniciarse el período constitucional para el cual fue elegido ya no lo ostentaba, por lo cual mal puede predicarse que haya incurrido en la incompatibilidad que se le atribuye por el actor. No le asiste razón al actor al pretender que las incompatibilidades de los congresistas comienzan a partir de su elección, pues para la Sala es claro que ellas se inician con el período

constitucional respectivo, o con la posesión para quienes sean llamados a ocupar una vacante, de conformidad con el artículo 181 de la Carta.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. AC-1302. Actor: Rafael Duque Naranjo.

Procede la Sala a resoler la solicitud de pérdida de investidura del doctor Edmundo Guevara Herrera, como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Santafé de Bogotá, presentada por el ciudadano Rafael Duque Naranjo, con base en los siguientes

I.– FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

Como fundamento de su solicitud afirma el actor los que se resumen a continuación (fls. 1 a 3 del expediente):

1.– El doctor Edmundo Guevara Herrera fue designado por el Concejo de Santafé de Bogotá, miembro de la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social de la misma entidad territorial.

2.– El doctor Guevara ejerció el cargo de miembro de la Junta Directiva citada, durante el período comprendido entre el mes de agosto de 1990 y el 28 de noviembre de 1991.

3.– En las elecciones para Congreso del 27 de octubre de 1991, el doctor Guevara fue elegido Representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Santafé de Bogotá, para el período constitucional 1991-1994.

4.– El doctor Guevara se retiró de su cargo de miembro de la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social a partir del 28 de noviembre de 1991, un mes después de haber sido elegido Representante a la Cámara.

5.– La Caja de Previsión Social es un establecimiento público descentralizado del orden distrital.

6.– Durante el tiempo antes mencionado, el doctor Guevara, en su calidad de miembro principal de la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social del Distrito Capital, ejerció funciones administrativas y de dirección, tales como: adoptar planes y proyectos de desarrollo, expedir y aprobar el presupuesto, autorizar enajenación de

bienes, designar funcionarios (Subgerentes, jefes de división y otros), ordenar primas y bonificaciones, autorizar y aadjudicar contratos.

En relación con el punto anterior, cita el peticionario un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación de fecha 30 de noviembre de 1981, en el cual se expresa que "los miembros de las juntas directivas de entidades descentralizadas, cualquiera que sea el orden al que pertenezcan, ejercen autoridad (...), por cuanto dirigen y administran por lo general un servicio público, adoptan las plantas de personal de la entidad, así como los planes de la misma, aprueban la celebración de contratos, en algunos casos designan ciertos funcionarios, expiden estatutos orgánicos, en fin, ejercen un conjunto de funciones propias de quienes detentan autoridad lo que implica la posibilidad de ejercer influencia en beneficio personal sobre los usuarios del servicio público prestado por la entidad...".

7.– Además, el doctor Guevara disfrutó de los servicios de salud como afiliado a la Caja, los cuales son prestados a quienes detentan la calidad de empleados o pensionados.

Con fundamento en los hechos anteriores, el peticionario plantea las siguientes conclusiones:

a.– El doctor Edmundo Guevara Herrera ejerció influencia en beneficio personal sobre los usuarios de la Caja de Previsión Social de Santafé de Bogotá, que indudablemente se tradujo en el logro de su objetivo político: ser elegido Representante a la Cámara, como en efecto sucedió.

b.– Al no haberse retirado de su cargo doce meses antes de su elección, el doctor Guevara violó el régimen de inhabilidades consagrado en el artículo 179, numeral 2o. de la Constitución Política.

c.– El doctor Guevara también incurrió en violación del numeral 3 del artículo 180 de la Constitución, que prohíbe a los congresistas "ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos", por cuanto ejerció el cargo hasta el día 28 de noviembre de 1991, posterior a su elección como congresista el día 27 de octubre de 1991, configurándose de esta manera una incompatibilidad de las señaladas en el artículo anteriormente citado, por estar desempeñando dos cargos excluyentes entre sí como son, ser congresista y ser a la vez miembro de la junta directiva de una entidad descentralizada. Lo anterior, por cuanto las incompatibilidades de los congresistas tienen vigencia durante el período constitucional respectivo, que para este caso empezaba el 27 de octubre de 1991 con la elección y va hasta el 19 de julio de 1994, de acuerdo con el artículo transitorio 1 de la Constitución.

d.- "Además, el doctor Edmundo Guevara Herrera no puso en conocimiento de la Cámara de Representantes, como era su deber, según lo señala el artículo 182 de la Constitución Política, la situación de carácter moral que lo inhibía para avocar el conocimiento de la investigación en contra de los miembros del Honorable Consejo de Estado que adelantaba el doctor Jairo Ruiz".

En su alegato de conclusión, el peticionario reitera las razones expuestas en su escrito inicial y agrega algunas adicionales como las siguientes (fls. 178 a 184):

- El Decreto 128 de 1976, en su artículo 15, señala que los miembros de las juntas directivas de los establecimientos públicos son funcionarios públicos, ya que ejercen funciones públicas y se hallan encargados de la prestación de un servicio público, para lo cual se remite al concepto ya citado de fecha 30 de noviembre de 1981, por lo cual se violó el artículo 179-2 de la Constitución.

- Si el Consejo de Estado encuentra que no es aplicable la norma anterior, lo será el artículo 2 transitorio de la Carta, según el cual "tampoco podrán serlo los funcionarios de la rama ejecutiva que no hubieren renunciado a su cargo antes del 14 de junio de 1991".

II.- RAZONES DE LA DEFENSA

El doctor Edmundo Guevara Herrera se hizo parte en el proceso, mediante apoderado, quien en sus escritos de contestación de la demanda (fls. 75 a 93) y de alegato de conclusión (fls. 173 a 177), planteó los siguientes argumentos:

1.- No es cierto que el doctor Guevara haya ejercido la calidad del miembro de la Junta Directiva hasta el 28 de noviembre de 1991, toda vez que presentó la renuncia ante el Concejo de Bogotá, en los primeros días del mes de noviembre, en la misma fecha en que la Registraduría Nacional del Estado Civil profirió la resolución que daba cuenta sobre las personas que habían sido elegidas miembros del Congreso, una vez realizado el escrutinio definitivo, lo cual está demostrado en los mismos documentos allegados por el propio demandante.

2.- Es cierto que el doctor Guevara se encontraba afiliado a la Caja para el sólo efecto de los servicios médicos, pero de ello no se puede colegir que era empleado público.

3.- Para que se presente la inhabilidad prevista en el numeral 2 del artículo 179 se requieren tres elementos, a saber: a) ser empleado público; b) haber ejercido jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar; y c) que el ejercicio de las funciones se hubiese desarrollado dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección, ninguno de los cuales se presentó respecto del doctor Guevara, por las siguientes razones:

El doctor Guevara no era empleado público por cuanto no recibía remuneración, ni tenía vinculación de carácter estatutaria, ni permanencia ni subordinación, y tanto la normatividad positiva como la jurisprudencia coinciden en señalar que los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del orden nacional o territorial, no ostentan el carácter de empleados públicos. Desde el punto de vista legal cita el artículo 3 del Decreto 2400 de 1968, el artículo 18 del Decreto 1950 de 1973 y los estatutos de la Caja de los cuales resulta quiénes son empleados públicos, sin que dentro de ellos se encuentren los miembros de las juntas directivas, mientras que de manera clara los artículos 3o., parágrafo 2o., del Decreto 2400 de 1968, 5o. del Decreto 1950 de 1973, 18 del Decreto 3130 de 1968 y 162 del Decreto 1333 de 1986, los excluyen de ese carácter.

El doctor Guevara no ha ejercido jurisdicción o autoridad por cuanto aún en el supuesto de que se pudiera considerar que algunas de las funciones de las juntas directivas implicaran ese ejercicio, se trataría de actividades del cuerpo colegiado y no de cada uno de sus miembros individualmente considerados, como lo ha expresado el Consejo de Estado en reiteradas jurisprudencias, entre las cuales cita la del 7 de septiembre de 1992 de la Sección 5a., con ponencia de la Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.

4.– En relación con la incompatibilidad prevista en el numeral 3o. del artículo 180 de la Constitución, esto es, la prohibición que tienen los congresistas para ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos, es totalmente errónea y antijurídica la interpretación que por analogía pretende hacer el demandante, pues de los artículos 180, 181 y transitorios 3 y 4 de la Carta resulta que el período constitucional de los congresistas que fueron elegidos el 27 de octubre de 1991 se inició el 1o. de diciembre del mismo año, fecha para la cual el doctor Guevara ya había presentado renuncia como miembro de la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social del Distrito Capital y ya el Concejo había nombrado y comunicado su reemplazo, interpretación que es compartida por la Sala de Consulta y Servicio Civil y la Sección 5a. del Consejo de Estado, según aparece en concepto del 5 de noviembre de 1991, Radicación No 410, y en sentencia del 28 de octubre de 1993, expediente 0992, respectivamente.

Finalmente, el apoderado del demandado expresa que "ante la gravedad del calumnioso cargo sobre tráfico de influencias, para efectos electorales, formulado por el señor Rafael Duque Naranjo contra el doctor Guevara, ruego a esa H. Corporación que al decidir este proceso, se ordene librar copia a la Fiscalía General de la Nación para que investigue esta conducta".

IV.– EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En representación del Ministerio Público, el señor Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado rindió concepto, en el cual concluye que ninguno de los cargos

formulados fue probado, y por ende no procede decretar la pérdida de la investidura del representante a la Cámara doctor Edmundo Guevara Herrera, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1.- En relación con la presunta violación del numeral 2 del artículo 179 de la Constitución, la inhabilidad allí prevista es, como toda inhabilidad, de interpretación restrictiva, y el doctor Guevara no incurrió en ella por cuanto no tenía la calidad de empleado público, según lo reconocido tanto por la jurisprudencia como por la doctrina para los miembros de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas, así como tampoco ejerció jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en razón de que las funciones atribuidas a la junta directiva a la cual perteneció lo son de ella como ente colectivo y no por separado de cada uno de sus miembros, de tal manera que las inhabilidades son personales y directas, y no institucionales.

2.- Respecto de la violación del numeral 3 del artículo 180 de la Carta Política, de las pruebas allegadas al proceso resulta acreditado que su reemplazo en la junta directiva fue elegido el 21 de noviembre de 1991, comunicado el 22 del mismo mes y año (fls. 5 y 6 del cuaderno principal) y la última sesión en que participó el doctor Guevara fue la del 31 de octubre de 1991 (Acta No. 16, fls. 116 a 124 del Cdno. ppal.), por lo cual, como el período del actual Congreso se inició el 1o. de diciembre de 1991, día en que tomó posesión el doctor Guevara, no existió la incompatibilidad alegada.

3.- En relación con la violación del artículo 182 de la Carta, a folios 55 y 57 de cdno. principal obran oficios de la Comisión de Investigación y Acusación en donde se comunica que el doctor Guevara se declaró impedido para continuar diligenciando las investigaciones contra los Magistrados del Consejo de Estado, radicadas bajo los números 222, 315 y 375, con fecha octubre 25 de 1993 y que tal impedimento fue aceptado el 24 de noviembre del mismo año, con lo cual se desvirtúa la acusación de la parte actora.

4.- Respecto de la afirmación de la demanda en el sentido de que el doctor Guevara Herrera ejerció influencia en beneficio particular sobre los usuarios de la Caja, lo cual se tradujo en el logro de su objetivo político, el demandante no expresa cómo, de qué manera, en qué circunstancias, ni aporta prueba alguna en que fundamente el cargo, de tal manera que este no puede prosperar.

5.- En cuanto al disfrute de los servicios que presta la Caja de Previsión Social del Distrito Capital por parte del doctor Guevara, no se presenta ninguna irregularidad, por cuanto no necesariamente tendría que ser empleado público o pensionado para gozar de ellos.

V.- LA ACTUACION SURTIDA

De conformidad con la posición reiterada de la Sala, a la solicitud de le dio el trámite del procedimiento ordinario, dentro del cual se surtieron las etapas de admisión de la demanda, fijación en lista, decreto y práctica de pruebas y traslado para alegar, todas las cuales se cumplieron a cabalidad, sin que se observe causal de nulidad del proceso.

Debe anotarse que antes de admitir la demanda, el Magistrado Ponente, mediante auto del 9 de noviembre de 1993, se declaró impedido con base en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 160 del C. de P. C., impedimento que una vez tramitado no fue aceptado por la Sala Plena mediante auto del 7 de diciembre de 1993 (fls. 62 a 66 del Cdno. principal).

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como elementos generales necesarios para el análisis de la situación planteada, la Sala destaca los siguientes de acuerdo con las pruebas que obran en el proceso:

a) El doctor Eduardo Guevara Herrera fue miembro de la junta directiva de la Caja de Previsión Social del Distrito Capital de Santafé de Bogotá a partir del mes de agosto de 1990, como consta en el oficio que obra a folio 7 del cdno. principal.

Aunque no aparece probada la fecha en que presentó renuncia como miembro de la junta directiva citada, sí aparece probado que su reemplazo fue elegido por el Concejo Distrital el 21 de noviembre de 1991 y que dicha elección fue comunicada a la Caja de Previsión Social del Distrito Capital al día siguiente 22 de noviembre del mismo año (fls. 5 y 6 del cdno. principal). Para los efectos correspondientes, la Sala adoptará la fecha del 22 de noviembre (comunicación de la elección de su reemplazo) como aquella hasta la cual el doctor Guevara tuvo la calidad de miembro de la citada junta directiva. Además, como lo hace notar el señor Agente del Ministerio Público, está también probado que la última sesión en que participó el doctor Guevara fue la del 31 de octubre de 1991 (Acta No. 16, fls. 116 a 124 del Cdno. ppal.).

b) El doctor Guevara fue elegido Representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Santafé de Bogotá, el 27 de octubre de 1991, para el período constitucional 1991-1994, habiendo tomado posesión el 1o. de diciembre de 1991, según consta en las certificaciones que obran a folios 8, 94, 140 y 146.

c) La Caja de Previsión Social del Distrito Capital de Santafé de Bogotá es una entidad descentralizada del orden distrital, de acuerdo con los estatutos que obran en copia auténtica en el cuaderno No. 2.

Teniendo como marco los elementos probatorios mencionados y de acuerdo con los antecedentes reseñados, las acusaciones contenidas en la demanda para funda-

mentar la solicitud de pérdida de investidura como Representante a la Cámara del doctor Edmundo Guevara Herrera pueden resumirse en los cargos que se identificarán a continuación, respecto de cada uno de los cuales la Sala hará las consideraciones pertinentes:

PRIMER CARGO.– Haber violado el régimen de inhabilidades consagrado en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política, por no haberse retirado de su cargo como miembro de la junta directiva de la Caja de Previsión Social del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, con doce meses de anticipación a su elección.

En relación con esta acusación, la Sala considera necesario, en primer lugar, precisar los fundamentos normativos de la misma, así:

De acuerdo con el artículo 183 de la Constitución,

"Los congresistas perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses".

A su vez, según el artículo 179 de la Carta, citado por el actor,

"No podrán ser congresistas:

.....

2. Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección".

Como puede concluirse fácilmente de la simple lectura de las normas anteriores, la premisa inicial para que se presente la inhabilidad consagrada en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución, que a su vez configura la causal de pérdida de investidura consagrada en el numeral 1 del artículo 183 de la misma Carta, consiste en tener la calidad de empleado público. En efecto, si bien existen otros dos requisitos para que se configure la inhabilidad, consistentes en haber ejercido jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar y que ese ejercicio haya sido dentro de los doce meses anteriores a la fecha de elección, ellos están condicionados a que dicho ejercicio haya sido "como empleado público". Al respecto, la Sala hace notar que la legislación colombiana ha sido muy clara en el sentido de que los miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas no tienen por ese solo hecho la calidad de empleados públicos.

Así, el parágrafo 2o. del artículo 3o. del Decreto-Ley 2400 de 1968, expresa:

"Las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su nombramiento y remoción se rigen por las disposiciones especiales relativas a esas entidades".

A su vez, el artículo 18 del Decreto-Ley 3130 de 1968, reitera lo expresado en los siguientes términos:

"**De la calidad de los miembros de las juntas o consejos.** Los miembros de las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes de la materia y por las normas del respectivo organismo".

Por su parte, el artículo 5o. del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, manifiesta:

"Las personas a quienes el Gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes".

Finalmente, y de manera específica para el ámbito municipal el Decreto-Ley 1333 de 1986, en su artículo 162 advierte:

"Los miembros de las juntas directivas, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos".

Como de acuerdo con el artículo 322 de la Constitución Política de 1991, el régimen administrativo del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, "será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios", y ante la ausencia de norma especial aplicable al caso en la época durante la cual el doctor Guevara fue miembro de la junta directiva de la Caja de Previsión Social del Distrito Capital, no cabe ninguna duda de que a su situación era aplicable el citado artículo 162 del Decreto-Ley 1333 de 1986 y que, por lo mismo, por el hecho de ser miembro de la citada junta directiva no tenía la calidad de empleado público.

Siendo ello así, la inhabilidad planteada no era aplicable al doctor Edmundo Guevara, pues es evidente que ante la claridad de las normas comentadas y su

interpretación restrictiva por tratarse de la limitación de un derecho, tampoco puede pensarse que el citado ciudadano y Representante a la Cámara tuviera la calidad de empleado público por el solo hecho de recibir los servicios de salud de la Caja de Previsión Social, lo cual, además, no fue objeto de prueba ni de sustento normativo que así permitiera afirmarlo.

Por las mismas razones anteriores, no es aplicable al caso el artículo transitorio 2 de la Constitución, pues no basta ejercer funciones públicas para adquirir por ese sólo hecho el carácter de empleado o funcionario público, como lo pretende el actor.

En cuanto al artículo 15 del Decreto 128 de 1976, que el actor cita en su alegato de conclusión, tampoco modifica la conclusión anterior, pues de esa norma no resulta que los miembros de las juntas directivas tengan el carácter de empleados públicos. Por el contrario, allí lo que se hace es ratificar que los citados miembros no tienen por ese solo hecho el carácter de empleados, para someterlos, en consecuencia, a las normas penales sobre delitos contra la administración pública, mientras que quienes siendo miembros de las juntas o consejos tienen por otra parte la calidad de empleados o funcionarios, quedan sometidos a las disposiciones penales previstas para éstos.

De todo lo anterior resulta que para la Sala tampoco es aplicable el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación de fecha 30 de noviembre de 1981, citado por el actor, en el cual, con fundamento en una interpretación extensiva y finalista del artículo 108 de la Constitución anterior, adoptada también por la Sala Contenciosa en providencias como la de febrero 5 de 1973 (Exp. No. 35), consideró que los miembros de juntas directivas de entidades descentralizadas ejercen funciones públicas de autoridad, lo que implica la posibilidad de ejercer influencia en beneficio personal sobre los usuarios del servicio público prestado por la entidad, por lo cual, no obsta que ellos no sean considerados funcionarios públicos para que se encontraran inhabilitados para aspirar a corporaciones públicas, salvo que se retiraran con la antelación señalada en el citado artículo constitucional (6 meses) (Anales, Tomo CI, Págs. 76 y ss.).

En consecuencia, este cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO.– Haber incurrido en la prohibición a los congresistas consagrada en el numeral 3 del artículo 180 de la Constitución, consistente en "ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administran tributos", por haber ejercido el cargo de miembro de la junta directiva citada hasta el día 28 de noviembre de 1991, con posterioridad a su elección como congresista el día 27 de octubre de 1991.

En relación concretamente con el cargo planteado, la Sala no encuentra que él tenga vocación de prosperidad por las siguientes sencillas y breves razones:

a) De acuerdo con el artículo 181, las incompatibilidades de los congresistas, en las cuales se traducen las prohibiciones previstas en el artículo 180 de la Carta, "tendrán vigencia durante el período constitucional respectivo".

b) Según los artículos transitorios 1, 3 y 4 de la Constitución de 1991, el período constitucional del Congreso elegido el 27 de octubre de 1991 comenzó el 1o. de diciembre de ese año y termina el 19 de julio de 1994.

c) Como el doctor Edmundo Guevara Herrera, según quedó visto, tuvo la calidad de miembro de la junta directiva de la Caja de Previsión Social del Distrito Capital hasta el 22 de noviembre de 1991, se colige fácilmente que para el momento de iniciarse el período constitucional para el cual fue elegido ya no la ostentaba, por lo cual mal puede predicarse que haya incurrido en la incompatibilidad que se le atribuye por el actor.

Lo anterior quiere decir que no le asiste razón al actor al pretender que las incompatibilidades de los congresistas comienzan a partir de su elección, pues para la Sala es claro que ellas se inician con el período constitucional respectivo, o con la posesión para quienes sean llamados a ocupar una vacante, de conformidad con el artículo 181 de la Carta.

En consecuencia, el cargo no prospera.

TERCER CARGO.– El doctor Edmundo Guevara Herrera ejerció influencia en beneficio personal sobre los usuarios de la Caja de Previsión Social de Santafé de Bogotá, que se tradujo en el logro de su objetivo político al ser elegido Representante a la Cámara.

En relación con este cargo la Sala acoge lo expresado por el señor Agente del Ministerio Público, en el sentido de que al no expresar el demandante cómo, de qué manera, en qué circunstancias, ni aporta prueba alguna en que se fundamente, no pasa de ser una simple afirmación que impide su prosperidad. Agrega la Sala que tampoco se identificó la causal de pérdida de investidura que pudiera sustentar este cargo.

Por lo tanto, este cargo tampoco prospera.

De otra parte, frente a la solicitud del apoderado del demandado de librar copias a la Fiscalía General de la Nación para que investigue la conducta presuntamente calumniosa representada en este cargo, la Sala considera que ella no es procedente en virtud de que, de conformidad con el artículo 33 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991, modificado por el artículo 2o. de la Ley 81 de 1993), el delito de calumnia es de aquellos que requieren querella o petición de parte.

CUARTO CARGO.– Violación del artículo 182 de la Constitución, por cuanto el doctor Edmundo Guevara no puso en conocimiento de la Cámara de Representantes

la situación de carácter moral que lo inhibía para avocar el conocimiento de la investigación en contra de los miembros del Consejo de Estado que adelantaba el doctor Jairo Ruiz Medina.

La Sala hace notar, con su colaborador del Ministerio Público, que los oficios de la Comisión de Investigación y Acusación que obran a folios 55 y 57 del cuaderno principal, según los cuales el doctor Guevara se declaró impedido para continuar diligenciando las investigaciones que se adelantaban contra los magistrados del Consejo de Estado y que tal impedimento fue aceptado, allegados al proceso con ocasión del trámite del impedimento manifestado por el Consejero Ponente de que se dio cuenta en los antecedentes, desvirtúan este cargo, que por otra parte tampoco pasó de ser una afirmación del demandante sin ningún sustento probatorio ni de razonamiento que permita un análisis más detallado como causal precisa de pérdida de investidura.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto del Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

NO SE DECRETA la pérdida de la investidura del doctor Edmundo Guevara Herrera, como representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Santafé de Bogotá.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, COPIESE Y PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en su sesión de fecha treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo* (ausente), *Clara Forero de Castro, Guillermo Chahín Lizcano, Miren De La Lombana de M.* (ausente), *Miguel González Rodríguez* (con aclaración de voto), *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Delio Gómez Leyva, Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel*

Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta (con aclaración de voto), *Miguel Viana Patiño, Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

NOTA DE RELATORIA: La aclaración de voto del Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA es la misma suscrita con ocasión de resolver las solicitudes de pérdida de la investidura en los procesos Nos. AC-1491 de 25 de abril de 1994. Ponente: Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA y Exp. AC-1427 de 24 de junio de 1994. Ponente: Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

CONGRESISTA/REGIMEN DE INHABILIDADES–Violación/**SECCION QUINTA/COMPETENCIA**–(Aclaración de Voto)

Cuando una persona es inelegible por estar afectado de inhabilidad para ello, según la Constitución o la ley, lo que procesalmente procede es su invocación en juicio electoral, que se debe promover dentro del término de caducidad señalado en la Ley 14 de 1988, y no el juicio o solicitud de pérdida de la investidura 183-1 de la C. N. pudiera surgir una conclusión contraria, como se ha concluido por la mayoría de la Sala, pues una cosa es que el ciudadano sea inelegible y por consiguiente no pueda ser congresista, caso en el cual se le puede sancionar, en virtud de esa inelegibilidad desconocida, con la declaratoria de nulidad del acto de elección y la cancelación de su credencial, SIN OTRAS CONSECUENCIAS, y otra cosa muy diferente, la violación del régimen de incompatibilidades estando en ejercicio del cargo de elección popular, caso en el cual, en virtud de la solicitud formulada por cualquier persona, por la Mesa Directiva de la respectiva Cámara o por la Procuraduría General de la Nación, se le sanciona no sólo quitándole la investidura que se tiene, sino con la más grave de todas las sanciones que se pueden imponer en un Estado de Derecho, como es la de inhabilidad o imposibilidad de volver a ser elegido para cargo de esa naturaleza, que corresponde a conductas graves o gravísimas, como por ejemplo, la violación de ese régimen de incompatibilidades, del régimen de conflicto de intereses, la inasistencia a determinado número de sesiones en donde se voten proyectos de acto legislativo o de ley, la indebida destinación de dineros públicos, el tráfico de influencias, etc.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Aclaración de Voto del Consejero Dr. Miguel González Rodríguez.

Referencia: Expediente No. AC-1302. Actor: Rafael Duque Naranjo.

Aun cuando comparto en su totalidad la decisión adoptada por la Sala, sin embargo, decidí aclarar mi voto por las siguientes razones:

Como lo sostuve en mi salvamento de voto a la sentencia por medio de la cual se decretó la pérdida de investidura del congresista, Dr. FERNANDO GONGORA ARCINIEGAS, cuando una persona es inelegible por estar afectado de inhabilidad para ello, según la Constitución o la Ley, lo que procesalmente procede es su invocación en juicio electoral, que se debe promover dentro del término de caducidad señalado en la Ley 14 de 1988, y no el juicio o solicitud de pérdida de la investidura de congresista, así del tenor literal del artículo 183-1 de la C. N. pudiera surgir una conclusión contraria, como se ha concluido por la mayoría de la Sala, pues una cosa es que el ciudadano sea inelegible y por consiguiente no pueda ser congresista, caso en el cual se le puede sancionar, en virtud de esa inelegibilidad desconocida, con la declaratoria de nulidad del acto de elección y la cancelación de su credencial, la violación del régimen de incompatibilidades estando en ejercicio del cargo de elección popular, caso en el cual, en virtud de la solicitud formulada por cualquier persona, por la Mesa Directiva de la respectiva Cámara o por la Procuraduría General de la Nación, se le sanciona no sólo quitándole la investidura que se tiene, sino con la más grave de todas las sanciones que se pueden imponer en un Estado de Derecho, como es la de inhabilidad o imposibilidad de volver a ser elegido para cargo de esa naturaleza, que corresponde a conductas graves o gravísimas, como, por ejemplo, **la violación de ese régimen de incompatibilidades, del régimen de conflicto de intereses, la inasistencia a determinado número de sesiones en donde se voten proyectos de acto legislativo o de ley, la indebida destinación de dineros públicos, el tráfico de influencias, etc.**

Utilizar el procedimiento de la pérdida de investidura de congresista, con sus consecuencias de inhabilidad permanente para volver a ser elegido como tal, en lugar del proceso o juicio electoral para anular la elección ante la existencia de inhabilidad para poder ser, de pronto tan sólo en esa elección y no en otra oportunidad, congresista, pero sin esa secuela o consecuencia, considero que no es jurídico, así, repito, el constituyente de 1991 por equivocación, o por el deseo de ser drástico, haya dado a la violación de un régimen –el de inhabilidades–, los mismos efectos de la violación de otro distinto: el de incompatibilidades.

Comedidamente,

Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado.

Fecha *ut supra.*

LEY–Extinción/**DEROGACION**–Tácita/**DEROGACION**–Expresa

Las leyes desaparecen del ordenamiento jurídico, entre otras razones, por declaratoria de inconstitucionalidad o por su derogatoria expresa o tácita, según sea que una nueva ley así lo manifieste claramente o, que ésta contenga previsiones que resulten inconciliables con la ley anterior.

CONSTITUCION POLITICA–Vigencia/**INSUBSISTENCIA DE LA LEY**–Inexistencia/**LEGISLACION PREEXISTENTE**

La entrada en vigencia de la Constitución de 1991, no trajo por sí mismos la derogatoria de la legislación preexistente, antes bien, por regla general, ella permanece salvo en los eventos en que la reglamentación legal resulte incompatible, que no diferente, con la de la nueva preceptiva constitucional.

GOBERNADOR–Atribuciones/**FACULTAD DISCRECIONAL DE NOMBRAMIENTO Y REMOCION/ESTABLECIMIENTO PUBLICO DEPARTAMENTAL**–Director/**EMPRESA INDUSTRIAL O COMERCIAL DEPARTAMENTAL**–Director/**ENTIDAD DESCENTRALIZADA DEPARTAMENTAL**–Dirección/**INTERVENCION ESTATAL/MINISTERIO DE SALUD/SERVICIO PUBLICO DE SALUD**–Vigilancia y Control

La atribución que asiste a los gobernadores para nombrar y remover libremente los directores de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales del departamento (art. 305-5 de la C.N.), cabe anotar que ella es diferente y que su normal ejercicio no enerva la competencia del Ministerio de Salud para intervenir el

servicio público de la salud y asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, mantener su regulación, control y vigilancia (arts. 9 y 365 de la C.N.), pues como lo enseña el artículo 366 *ibídem,* es objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de la salud bien porque tal servicio no se preste o se lo haga en forma deficiente o anormal.

INTERVENCION ESTATAL/SISTEMA NACIONAL DE SALUD–Definición Legal/**SERVICIO PUBLICO DE SALUD**–Vigilancia y Control/**ENTIDADES PRESTATARIAS DEL SERVICIO DE SALUD**–Intervención/**NORMA LEGAL**–Vigencia

El artículo 1o. de la Ley 10 de 1990, por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud, consagró la facultad de intervención del Estado en el servicio público de salud; el artículo 4o. de la misma preceptiva, dispone: "para efectos de la presente ley, se entiende que el sistema de salud comprende los procesos de fomento, prevención, tratamiento y rehabilitación; que en él intervienen diversos factores, tales como los de orden biológico, ambiental, de comportamiento y de atención, propiamente dicha, y que de él forma parte, tanto el conjunto de entidades públicas y privadas del sector salud, como, también, en lo pertinente las entidades de otros sectores que inciden en los factores de riesgo para la salud"; el artículo 8o. de la misma ley determinó que la Dirección del Sistema Nacional de Salud estará a cargo del Ministerio de Salud, señalándose entre otras funciones, la de "Vigilar el cumplimiento de las políticas, planes y programas y proyectos y las normas técnicas, administrativas y de calidad del servicio, adoptadas para el sector salud, e imponer, si es el caso, las sanciones a que hubiere lugar" (art. 9o. lit. f) Ley 10/90); en desarrollo de dicha función de vigilancia y como autoridad competente, la Dirección aludida estaba facultada para intervenir la gestión administrativo y/o técnica de las entidades que prestan servicios de salud, por un término hasta de seis meses (art. 49 lit. b) Ley 10/90); ahora bien, como esta facultad interventora no se opone a la previsión establecida en el artículo 39 del Decreto 056 de 1975, ha de considerársela vigente, en términos del artículo 52 de la aludida Ley 10 de 1990.

NORMA LEGAL–Vigencia/**SISTEMA NACIONAL DE SALUD/INTERVENCION ESTATAL/MINISTERIO DE SALUD**–Control y Vigilancia/**TOMA DE POSESION DE ENTIDAD PRESTARIA DE SALUD**–Técnica Científica y Administrativa

La entrada en vigencia de la Nueva Constitución Política no derogó tácita ni expresamente el artículo 39 del Decreto 056 de 1975; y como tampoco contraría disposición alguna de la Ley 10 de 1990, tales normas continúan vigentes, como igualmente lo está la facultad del Estado para ejercer, a través del Ministerio de Salud, la intervención técnica, científica y administrativa de los hospitales del sistema que, a su juicio, estén funcionando de manera inconveniente.

COMPETENCIA ADMINISTRATIVA–Definición/**COMPETENCIA REGLADA**–Definición/**COMPETENCIA DISCRECIONAL**–Definición

La competencia de las autoridades administrativas colombianas está delimitada por principios generales de orden constitucional y por disposiciones legales que desarrollan los primeros. En este último caso pueden presentarse dos eventualidades a saber: si la ley indica con exactitud las previsiones que el funcionario o autoridad debe tomar en una situación concreta, se habla de competencia reglada, pero si ella tan solo traza un derrotero general, dejando un margen que permite al organismo o autoridad actuar de forma más o menos libre, entonces la competencia es discrecional. A pesar de las delimitaciones establecidas por la Constitución y la ley, en el ejercicio de la actividad administrativa llegan a suscitarse confrontaciones entre las diferentes autoridades cuando quiera que frente a un determinado asunto; actúan ejerciendo sus poderes con la seguridad de que la actuación de su confrontada invade la órbita de su propia competencia. También puede ocurrir que el conflicto se origine en el enfrentamiento de dos autoridades que se abstienen de actuar, por considerar que el hacerlo excedería su competencia usurpando, a la vez, la del organismo o autoridad que enfrentan. La autoridad que en última instancia deberá señalar cuál es la autoridad competente, es la que ejerza la jurisdicción contencioso administrativa, tal como lo preceptúa el artículo 88 del C.C.A.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. C-239. Actor: Ministerio de Salud.

Procede la Sala a definir el conflicto de competencia promovido por el Ministerio de Salud y suscitado entre el Gobernador del Magdalena y el Ministro de Salud.

ANTECEDENTES

1. Los Fundamentos del Conflicto.

1.1. Da cuenta el escrito introductorio que mediante Resolución No. 8379 del 15 de octubre de 1993, expedida por el señor Ministro de Salud, se dispuso la intervención del Hospital Central "Julio Méndez Barreneche", de la ciudad de Santa Marta (Magdalena) y se designó, como Director-interventor, al doctor José Galo Diazgranados. Dicha intervención se adoptó en cumplimiento del artículo 39 del Decreto Ley 056 de 1975 y tenía como finalidad subsanar las irregularidades de tipo administrativo, técnico y científico que se venían presentando en el centro asistencial mencionado.

1.2. La colisión de competencias que el Ministerio de Salud solicita se dirima en este proceso, la originó el hecho de que el gobernador –encargado– del Magdalena reemplazó al Director-interventor del hospital mencionado en el numeral precedente, nombrando en su lugar al doctor César Muñoz Zúñiga.

1.3. Lo irregular de la actuación del Gobernador, al proferir el acto administrativo que desconoce la medida adoptada por el Ministerio de Salud deriva, de que la Resolución de intervención no había sido revocada o modificada por el Ministro, ni anulada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y porque el Gobernador carecía de competencia para modificar o desconocer un acto de carácter nacional.

1.4. El simple cotejo de los actos administrativos mencionados, muestra la colisión de competencias que se impetra y denota la contraposición de poderes, respecto de la designación de la cabeza administrativa del Hospital "Julio Méndez Barreneche", de la ciudad de Santa Marta.

1.5. Con base en los hechos brevemente resumidos, el Ministerio de Salud solicita, en fallo que dirima la colisión, se defina la competencia que permita precisar la prevalencia del acto administrativo nacional, expedido por el Ministro de Salud. También solicita se defina a cuál de las dos entidades públicas le corresponde decidir sobre la situación, de hecho y de derecho, que actualmente enfrenta el centro hospitalario mencionado y cuál será el alcance de su competencia.

1.6. El fundamento legal de la intervención del Hospital se encuentra, a juicio del Ministerio de Salud, en las siguientes disposiciones:

1.6.1. Artículo 39 del Decreto Ley 056 de 1975 según el cual, el Estado, por medio de la Dirección del Sistema Nacional de Salud, podrá tomar, en forma transitoria, la dirección administrativa y técnica de los hospitales, que por razones de orden público, social, administrativo o técnico estén, a juicio del Ministerio de Salud, funcionando de manera inconveniente.

1.6.2. Artículo 53 del Decreto 1088 de 1991, que faculta al Ministerio de Salud para ordenar la intervención de las fundaciones o instituciones de utilidad común, con el fin de asumir, transitoriamente, su dirección y administración, para asegurar el correcto funcionamiento y la adecuada satisfacción de sus necesidades.

1.6.3. Literal b) del artículo 49 de la Ley 10 de 1990 según el cual, en desarrollo de las funciones de inspección y vigilancia, las autoridades competentes podrán imponer, según la naturaleza y gravedad de la infracción de las normas previstas en dicha ley, entre otras sanciones, la intervención, hasta por seis meses, de la gestión administrativa y/o técnica de las entidades que presten servicios de salud.

1.7. De las normas relacionadas antes se desprende que la figura excepcional de la intervención, por parte del Ministerio de Salud como ente rector de la salud, conlleva a que éste asuma de manera transitoria, la dirección administrativa y técnica de tales organismos, desplazando, *ipso-facto,* los órganos de la entidad que cumplan dichas funciones, pues, de no ser así, se presentaría colisión de competencias desvirtuando la filosofía de la intervención, en virtud de la cual el Ministerio de Salud adquiere competencia para dirigir administrativa y técnicamente una institución a través del director-interventor que designe.

El servicio público de Salud satisface de manera permanente y continua una necesidad general. Para garantizar el adecuado funcionamiento y la prestación de dicho servicio, se requiere un control directo y excepcional por parte del Ministerio de Salud –como ente rector de la salud en Colombia–, a través del instrumento jurídico de la intervención, cuando quiera que se presenten situaciones irregulares de orden técnico, científico o administrativo que impidan, en cualquier nivel, el buen ejercicio de la función pública en materia de salud.

Frente a una intervención es entendido que el Director desplaza los diferentes órganos de dirección y administración de la entidad intervenida v. gr. en las instituciones de utilidad común, la asamblea general, la junta directiva, director u órgano que haga sus veces, luego, para efectos de cumplir la finalidad de la intervención, el director-interventor asume totalmente, a nombre del Ministerio de Salud y por ministerio de la ley, la dirección y administración del ente, sin que requiera consultar ningún aspecto con los órganos de la entidad, los cuales durante la intervención son separados y, por ende, excluidos de sus funciones.

2. La Actuación de la Administración Departamental del Magdalena.

Por conducto de apoderado, el Gobernador del Departamento del Magdalena solicitó de esta Sala, que al definir la competencia planteada por el Ministerio de Salud y ese departamento, en relación con la aplicabilidad del artículo 39 del Decreto Ley 056 de 1975, se decida en sentido que el Ministerio de Salud no puede intervenir un

establecimiento público de orden departamental, que presta servicios de salud, puesto que el aludido precepto fue derogado tácitamente por los artículos 1o., 287 y 305-5 de la Constitución Nacional.

Sostiene el Representante Judicial del Departamento del Magdalena que, con base en las facultades otorgadas por la Ordenanza No. 05 del 15 de noviembre de 1989, el Gobernador del Magdalena, dictó el Decreto No. 378 de 1990, por medio del cual creó como establecimiento público el Hospital Central de Santa Marta.

Mediante Resolución No. 008579 del 15 de octubre de 1993 y con base en el artículo 39 del Decreto Ley 056 de 1975, el Ministerio de Salud decretó la intervención del precitado hospital, alegando mal manejo administrativo y designando como interventor al Director del establecimiento, doctor José Galo Diazgranados, persona cuestionada por la Superintendencia Nacional de Salud, por no reunir requisitos para ocupar ese cargo, lo cual fue una de las razones que sirvió al Ministerio para decretar la intervención.

Al conocer el texto de la resolución de intervención, la Junta Directiva del Hospital "Julio Méndez Barreneche" se reunió extraordinariamente y, con base en los estatutos del hospital decidió integrar terna para que el Gobernador nombrara nuevo director, dejando en el acta respectiva constancia de las razones de orden constitucional por las cuales no aceptaba la intervención. Recibida la terna, el Gobernador designó en el cargo aludido al doctor César Muñoz Zúñiga.

Los argumentos expuestos por el representante judicial del Departamento del Magdalena se pueden resumir así:

El artículo 4o. de la Constitución enseña que en todo conflicto entre la Constitución y una ley o cualquier otra norma, debe prevalecer la Constitución.

El artículo 1o. de la actual Carta Política dispone que Colombia es un estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales; a su vez, el artículo 287 *ibídem* proclama que dichas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley, y en tal virtud tienen derecho a gobernarse con autoridades propias y a ejercer las competencias que le correspondan; en este orden de ideas, el artículo 305-5 de la Carta Política dispone que es atribución del gobernador nombrar y remover libremente los Gerentes o Directores de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del departamento y agrega que los representantes del departamento en las Juntas Directivas de tales organismos y los Directores o Gerentes de las mismas son agentes del Gobernador.

De lo dicho antes, afirma el apoderado del Departamento del Magdalena, se infiere que el Ministerio de Salud no puede intervenir un establecimiento público del orden

departamental sin desconocer o violar las normas transcritas, especialmente el artículo 305-5 de la Carta Política, razón por la cual, el artículo 39 de Decreto Ley 056 de 1975 está derogado, o por lo menos es inaplicable a los hospitales que existen como establecimientos públicos del orden departamental.

Más aún, la razón de ser del mencionado artículo 39 era la forma como se había establecido el Sistema Nacional de Salud; pero como la Ley 10 de 1990 confirió al Estado facultades de intervención en la política de salud, resulta innecesaria una intervención como sistema de ocupación administrativa del ente nacional en el departamental. Para tal interpretación, basta leer los literales del artículo 1o. de la Ley 10 de 1990 que patentizan la facultad del Ministerio de Salud para intervenir técnica, científica y normativamente las actividades de salud, pero aclarando que tal intervención es la natural y obvia del Estado en la prestación del servicio público de la salud y no la medida de tipo policivo que traía el artículo 39 del Decreto Ley 056 de 1975.

Quiere ello decir que el Ministerio y la Superintendencia Nacional de Salud, vigilan y controlan los actos de los organismos prestatarios del servicio de salud e imponen sanciones, pudiendo nombrar comisiones de estudio, valoración y recomendaciones, para que todos los organismos que en el sector oficial prestan tales servicios, se organicen contable, fiscal y jurídicamente, de ahí que la intervención como medida policiva esté descartada.

Al descorrer el traslado dispuesto en el artículo 88 del C.C.A., la apoderada del Ministerio de Salud básicamente reiteró los argumentos expuestos en el escrito inicial (fls. 70-76).

CONSIDERACIONES:

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 128-15 del C.C.A., esta Corporación está facultada para conocer del conflicto de competencia promovido por el Ministerio de Salud y suscitado entre el Jefe de esa entidad nacional y el Gobernador del Departamento del Magdalena.

2. De la competencia.

En su obra "Tratado de Derecho Administrativo" Tomo I, el autor Enrique Sayagués Laso se refiere a la competencia en derecho público como la aptitud de obrar de las personas públicas o de sus órganos. Ella –agrega el citado autor– determina los límites dentro de los cuales han de moverse unas y otros.

En nuestro caso, la competencia de las autoridades administrativas colombianas está delimitada por principios generales de orden constitucional y por disposiciones legales que desarrollan los primeros. En este último caso pueden presentarse dos eventualidades a saber: si la ley indica con exactitud las previsiones que el funcionario

o autoridad debe tomar en una situación concreta, se habla de competencia reglada, pero si ella tan solo traza un derrotero general, dejando un margen que permita al organismo o autoridad actuar de forma más o menos libre, entonces la competencia es discrecional.

A pesar de las delimitaciones establecidas por la Constitución y la ley, en el ejercicio de la actividad administrativa llegan a suscitarse confrontaciones entre las diferentes autoridades cuando quiera que frente a un determinado asunto; actúan ejerciendo sus poderes con la seguridad de que la actuación de su confrontada invade la órbita de su propia competencia. También puede ocurrir que el conflicto se origine en el enfrentamiento de dos autoridades que se abstienen de actuar, por considerar que el hacerlo excedería su competencia usurpando, a la vez, la del organismo o autoridad que enfrentan.

La autoridad que en última instancia deberá señalar cuál es la autoridad competente, es la que ejerza la jurisdicción contencioso administrativa, tal como lo preceptúa el artículo 88 del C.C.A.

3. La situación fáctica.

Los documentos que las entidades contendientes allegaron al expediente demuestran los siguientes hechos:

3.1. Invocando como fundamento sus atribuciones legales, en especial las que le confiere el artículo 39 del Decreto Ley No. 056 de 1975, el Ministerio de Salud expidió la Resolución No. 008579 del 15 de octubre de 1993 (fls. 19-22), mediante la cual resolvió intervenir técnica, científica y administrativamente, por el término de seis (6) meses, el Hospital Central Departamental Julio Méndez Barreneche, ubicado en el Distrito Turístico de Santa Marta (Magdalena); en el mismo acto administrativo se designó como interventor al doctor José Galo Diazgranados Martínez, quien para entonces desempeñaba el cargo de Director General del ente intervenido.

3.2. Siete días después de expedido el acto de intervención, según da cuenta el acta correspondiente (fls. 46-47), la Junta Directiva del Hospital afectado se reunió de manera extraordinaria decidiendo integrar una terna con el fin de que, en ejercicio de su atribución constitucional (art. 305-5), el Gobernador procediera a nombrar director del centro hospitalario intervenido; adujo la Junta en mención que una norma de la Carta Política no podía ser desconocida por otra norma de inferior categoría como el artículo 39 del Decreto Ley 056 de 1975; así mismo estimó que la Resolución emanada del Ministerio de Salud transgredía los artículos 1o. y 287 de la misma preceptiva, por lo cual debía aplicarse preferencialmente al artículo 4o. *ibídem,* según el cual, en todo conflicto de normas deben prevalecer las de la Constitución Nacional.

3.3. El día 22 de octubre de 1993, el Gobernador del Departamento del Magdalena dictó el Decreto No. 835, declarando insubsistente el nombramiento del Director-Interventor designado por el Ministerio de Salud y en su lugar nombró al doctor César Muñoz Zúñiga (fl. 54).

4. De la vigencia del artículo 39 del Decreto 056 de 1975.

El apoderado de la Gobernación del Magdalena considera que el artículo 39 del Decreto Ley 056 de 1975 está derogado o es inaplicable a los hospitales que existen como establecimientos públicos del orden departamental, por virtud de lo previsto en los artículos 1o., 4o., 287 y 305-5 de la Carta Política, que a la letra dicen:

"Art. 1o. Colombia es un Estado Social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, **con autonomía de sus entidades territoriales,** democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

..."

"Art. 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

..."

"Art. 287. **Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses,** y **dentro de los límites de la Constitución y la ley.** En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

1. Gobernarse por autoridades propias.

2. Ejercer las competencias que les correspondan.

3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

4. Participar en las rentas nacionales.

..."

"Art. 305. Son atribuciones del gobernador:

1...."

5. Nombrar y remover libremente a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales del Departamento. Los representantes del Departamento en las Juntas Directivas de tales organismos y de los directores o gerentes de los mismos son agentes del Gobernador".

Por su parte, el artículo 39 del Decreto Ley 056 de 1975 dice:

"... Para los efectos del presente decreto y de las demás disposiciones sobre Sistema Nacional de Salud, el Estado por medio de la Dirección del Sistema Nacional de Salud podrá tomar, en forma transitoria, la dirección administrativa y técnica de los hospitales que por razones de orden público, social, administrativo o técnico, estén funcionando de manera inconveniente, a juicio del Ministerio de Salud Pública".

Es bien sabido que las leyes desaparecen del ordenamiento jurídico, entre otras razones, por declaratoria de inconstitucionalidad o por su derogatoria expresa o tácita, según sea que una nueva ley así lo manifieste claramente o, que ésta contenga previsiones que resulten inconciliables con la ley anterior.

Ahora bien, la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, no trajo por sí mismos la derogatoria de la legislación preexistente, antes bien, por regla general, ella permanece salvo en los eventos en que la reglamentación legal resulte incompatible, que no diferente, con la de la nueva preceptiva constitucional.

Aplicando lo anterior al evento sub-análisis, resulta que entre las normas constitucionales y las del Decreto 056/75 transcritas, no surge incompatibilidad alguna, puesto que no están regulando un mismo asunto, sino diferentes, resultando así inaplicable el principio de la supremacía constitucional consagrado en el artículo 4o. de la Carta, por falta del presupuesto que haría contradictorias las normas en cuestión.

En efecto, el artículo 1o. de la Carta señala los principios sobre los que descansa la organización del Estado, entre los cuales está el de la autonomía de sus entidades territoriales. Este principio, reiterado en el artículo 287 *ibídem,* debe ser ejercido sin exceder los límites que demarcan tanto la forma de la república unitaria que caracteriza la organización del Estado, como las normas constitucionales y legales que rigen su actuar.

En cuanto hace a la atribución que asiste a los gobernadores para nombrar y remover libremente los directores de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales del departamento (art. 305-5 C.N.), cabe anotar que ella es diferente y que su normal ejercicio no enerva la competencia del Ministerio de Salud para intervenir el servicio público de la salud y asegurar su prestación eficiente a todos

los habitantes del territorio nacional, mantener su regulación, control y vigilancia (arts. 49 y 365 C.N.), pues como lo enseña el artículo 366 *ibídem*, es objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de la salud bien porque tal servicio no se preste o se lo haga en forma deficiente o anormal. El Hospital Central de Santa Marta es un establecimiento de orden departamental destinado a prestar el servicio de salud a la población del Magdalena, y en tal virtud, por ser un servicio social a cargo del Estado, se encuentra sujeto a su vigilancia y control dentro de los parámetros constitucionales y legales que han sido determinados para que tal función pueda cumplirse de manera eficaz y eficiente.

El artículo 1o. del Decreto 056 de 1975 define el Sistema Nacional de Salud como el conjunto de organismos, instituciones, agencias y entidades que tienen como finalidad específica procurar la salud de la comunidad, en los aspectos de promoción, protección, recuperación y rehabilitación. Dentro de este sistema están comprendidas como entidades adscritas, todas las personas jurídicas de derecho público que prestan servicios de salud a la comunidad (art. 2o. lit. b Decreto 56 de 1975) y que como el Hospital Central de Santa Marta se crearon por Ordenanza (art. 5o. Decreto 56 de 1975) para cumplir tal función.

El artículo 39 del Decreto en comento consagró la facultad del Estado para intervenir en la dirección de los hospitales al disponer: "Para los efectos del presente decreto y de las demás disposiciones del Sistema Nacional de Salud, el Estado por medio de la Dirección del Sistema Nacional de Salud podrá tomar, en forma transitoria, la dirección administrativa y técnica de los hospitales que por razones de orden público, social, administrativo o técnico, estén funcionando de manera inconveniente, a juicio del Ministerio de Salud Pública".

El artículo 1o. de la Ley 10 de 1990, por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud, consagró la facultad de intervención del Estado en el **servicio público de salud;** el artículo 4o. de la misma preceptiva, dispone: *"Para efectos de la presente ley, se entiende que el sistema de Salud comprende los procesos de fomento, prevención, tratamiento y rehabilitación; que en él intervienen diversos factores, tales como los de orden biológico, ambiental, de comportamiento y de atención, propiamente dicha, y que* ***de él forman parte, tanto el conjunto de entidades públicas*** *y privadas* ***del sector salud,*** *como, también, en lo pertinente las entidades de otros sectores que inciden en los factores de riesgos para la salud"* (resalta y subraya la Sala); el artículo 8o. de la misma ley determinó que la Dirección del Sistema Nacional de Salud estará a cargo del Ministerio de Salud, señalándole entre otras funciones, la de *"Vigilar el cumplimiento de las políticas, planes, programas y proyectos y las normas técnicas, administrativas y de calidad del servicio, adoptados para el sector salud, e imponer, si es el caso, las sanciones a que hubiere lugar"* (art. 9o. lit. f) Ley 10/90); en desarrollo de dicha función de vigilancia y como autoridad competente, la Dirección aludida estaba facultada para intervenir la

gestión administrativo y/o técnica de las entidades que prestan servicios de salud, por un término hasta de seis meses (art. 49 lit. b) L. 10/90); ahora bien, como esta facultad interventora no se opone a la previsión establecida en el artículo 39 del Decreto 056/75, ha de considerársela vigente, en términos del artículo 52 de la aludida Ley 10 de 1990.

En este aspecto, la Sala prohija los argumentos expuestos por la Sala de Consulta y Servicio Civil el 7 de diciembre de 1993, cuando absolvió la consulta formulada por el señor Ministro de Salud en relación con la competencia del Ministerio como ente rector de la salud, para intervenir las instituciones hospitalarias de origen público o privado, cuando estén funcionando inadecuadamente en la parte técnica, científica y administrativa. En esa oportunidad se dijo:

"...

2.2. La prestación del servicio público de salud, ha sido regulada por le (sic) ley 10 de 1990, conforme a la cual se reorganizó el Sistema Nacional del Sistema Nacional de Salud. En los artículos 8o. y 9o. se dispone que la Dirección Nacional del Sistema de Salud le corresponde al Ministerio de Salud y entre las funciones le asigna la de "vigilar el cumplimiento de las políticas, planes, programas y proyectos y las normas técnicas, administrativas y de calidad del servicio, adoptadas por el sector salud, e imponer, si es el caso, las sanciones a que hubiere lugar" (literal f) art. 9).

2.3. El artículo 52 de la misma ley 10 de 1990 deroga "todas las disposiciones que le sean contrarias"; sin embargo, el artículo 39 del decreto 056 de 1975 no contraría ninguna de las disposiciones de la citada ley, por lo tanto, debe considerarse que está vigente para las instituciones del Sistema Nacional de Salud". (Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación No. 557 de 7 de diciembre de 1993. Consejero Ponente: Dr. Roberto Suárez Franco).

Finalmente, no sobra anotar que si a juicio de la administración del Departamento del Magdalena, el acto administrativo que dispuso la intervención del centro hospitalario tantas veces mencionado era inconstitucional o ilegal, la vía adecuada a seguir era la de acudir ante los jueces competentes y demandar un pronunciamiento en tal sentido, pues hasta tanto ello no ocurriera, el acto era de obligatorio cumplimiendo.

Corolario de lo anterior es que, la entrada en vigencia de la nueva Constitución Política no derogó tácita ni expresamente el artículo 39 del Decreto 056 de 1975: y como tampoco contraría disposición alguna de la Ley 10 de 1990, tales normas continúan vigentes, como igualmente lo está la facultad del Estado para ejercer, a través del Ministerio de Salud, la intervención técnica, científica y administrativa de los hospitales del sistema que, a su juicio, estén funcionando de manera inconveniente.

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

RESUELVE:

Definir el conflicto de competencia suscitado entre el Ministerio de Salud y el Departamento del Magdalena, en el sentido de que al primero le correspondía designar el director, para ejercer la intervención del Hospital Central Departamental "Julio Méndez Barreneche" ubicado en el Distrito Turístico de Santa Marta.

Reconócense a los doctores Miryam Dorina Aguirre Albán y Luis Collante Velásquez, como apoderados del Ministerio de Salud y de la Gobernación del Magdalena respectivamente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del catorce (14) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Nubia González Cerón, Secretaria General.

NOTA DE RELATORIA: La tesis anterior, reitera el criterio de la Sala de Consulta y Servicio Civil consignada en la Consulta 557 del 7 de diciembre de 1993, Consejero Ponente: Dr. ROBERTO SUAREZ FRANCO.

CONFLICTO DE COMPETENCIA/COMPETENCIA TERRITORIAL/ ACTO DE RETIRO

Tratándose como se trata de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no proviene de un contrato de trabajo, que es aquella que se debe utilizar para controvertir actos administrativos de cualquier autoridad pública que supuestamente desconozcan derechos consagrados en favor de los empleados públicos, como especie del género servidor público, tales como los que atañen al sueldo o salario, a las prestaciones sociales de cuantía determinada o periódica de término definido, o de término indefinido, como las pensiones, el derecho a permanecer en el cargo o empleo eventualmente desconocido por decisión de insubsistencia, destitución, revocación del nombramiento o cualesquiera otra que impliquen retiro del servicio, o para controvertir actos por medio de los cuales se imponga una sanción de tipo disciplinario, como en el presente caso, para la Sala es claro que cuando se acciona en relación con un acto administrativo del orden nacional, la competencia de los Tribunales Administrativos Seccionales, por razón del factor territorial, se determina, en todo caso, "por el último lugar, donde prestaron los servicios o debieron prestarse los servicios personales" a la Nación o a la entidad descentralizada del orden nacional en donde labora o laboraba el empleado público, como lo establece perentoriamente el inciso final del numeral 6o. del artículo 132 del C.C.A. para los procesos que tienen doble instancia por razón de la cuantía de las pretensiones de la demanda, o deben tenerla según la sentencia de agosto 26 de 1993, proferida por la Corte Constitucional, en aplicación de la Nueva Constitución Política de 1991.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. C-250. Conflicto de Competencia. Actor: Carlos Arturo Torrado Clavijo.

Dirime la Sala el conflicto de competencia negativa surgido entre los Tribunales Administrativos de Cundinamarca y de Norte de Santander, con ponencia presentada por el señor Consejero, doctor MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ, a quien pasó el asunto por no haber sido acogida por la mayoría la sometida a su consideración por el señor Consejero, doctor DELIO GOMEZ LEIVA, en sesión de fecha 21 de junio del presente año.

ANTECEDENTES

El actor, por conducto de apoderado especial constituido al efecto, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, promovió demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, en orden a obtener la declaratoria de nulidad de las resoluciones proferidas por la Dirección de Vigilancia de la Superintendencia de Notariado y Registro, por medio de las cuales se le sancionó como Notario Unico del Círculo de Ocaña, Norte de Santander, con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de quince (15) días, para que como consecuencia de la nulidad se le restablecieran sus derechos.

Mediante auto de 10 de diciembre de 1993, la Sección Segunda, Sub Sección A, del Tribunal precitado, dispuso la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Norte de Santander, por ser el competente para conocer del proceso, "de conformidad con lo preceptuado por el inciso final del numeral 6o. del artículo 132 del C.C.A."

Recibido el expediente por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante providencia del 18 de febrero de 1994, decidió igualmente declararse incompetente para conocer del asunto, y enviar el expediente a esta Corporación para que dirimiera el conflicto de competencia negativo, argumentando, en síntesis, que por los términos en que se halla redactado el precepto contenido en el numeral 6o. inciso final, del artículo 136 del C.C.A., claramente se debe entender que se trata de situaciones de retiro del servicio, si se miran las inflexiones verbales utilizadas, al disponerse que la competencia por el factor territorial, en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral no provenientes de un contrato de trabajo, se determinará "por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios personales".

Que "La suspensión de un funcionario público como lo es el señor Notario Unico de Ocaña que es el acto aquí controvertido, a la luz de la preceptiva administrativa no constituye retiro del servicio y por lo mismo tal situación no puede subsumirse dentro

de la previsión contenida en el artículo 132 del numeral 6o. *in-fine* del Código Contencioso Administrativo".

Que "Al contrario de lo que piensa el Tribunal de Cundinamarca, esta Corporación estima que por la naturaleza de la presente acción y el carácter nacional de las resoluciones acusadas, conforme al inciso final del numeral 9o. del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, éste asunto resulta de conocimiento del Tribunal primeramente citado, por ser en la ciudad de Santafé de Bogotá D.C. donde se profirieron por la Dirección de Vigilancia Superintendencia de Notariado y Registro las resoluciones 3372 del 16 de junio de 1992 y 3690 del 14 de julio de 1993 respectivamente, que son las acusadas".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

De acuerdo con los antecedentes enunciados, el conflicto se centra en establecer cuál es el Tribunal Administrativo competente, por el factor territorial, para conocer del presente proceso, dado que el actor, como empleado público del orden nacional, desarrolla sus actividades laborales en Ocaña, como Notario Unico del Círculo de dicha ciudad, como se indica en la demanda y surge de los actos administrativos acusados, pero instauró la acción contenciosa ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, aduciendo que ese era el Tribunal competente en razón "de que es la sede administrativa de la entidad demandada" que profirió las decisiones controvertidas.

Tratándose, como se trata, de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no proviene de un contrato de trabajo, que es aquella que se debe utilizar para controvertir actos administrativos de cualquier autoridad pública que supuestamente desconozcan derechos consagrados en favor de los empleados públicos, como especie del género servidor público, tales como los que atañen al sueldo o salario, a las prestaciones sociales de cuantía determinada o periódica de término definido, o de término indefinido, como las pensiones, el derecho a permanecer en el cargo o empleo eventualmente desconocido por decisión de insubsistencia, destitución, revocación del nombramiento o cualesquiera otra que impliquen retiro del servicio, o para controvertir actos por medio de los cuales se imponga una sanción de tipo disciplinario, como en el presente caso, para la Sala es claro que cuando se acciona en relación con un acto administrativo del orden nacional, la competencia de los Tribunales Administrativos Seccionales, por razón del factor territorial, se determina, en todo caso, "por el último lugar donde se prestaron los servicios o debieron prestarse los servicios personales "a la Nación o a la entidad descentralizada del orden nacional en donde labora o laboraba el empleado público, como lo establece perentoriamente el inciso final del numeral 6o. del artículo 132 del C.C.A., para los procesos que tienen doble instancia por razón de la cuantía de las pretensiones de la demanda, o deben tenerla según la sentencia de agosto 26 de 1993, proferida por la Corte Constitucional, en aplicación de la nueva Constitución Política de 1991.

Ello en consideración a que dicho inciso no se refiere exclusivamente a los procesos originados en actos de destitución, declaratoria de insubsistencia, revocación de un nombramiento, o en cualesquiera otros que impliquen retiro del servicio, como lo entendió el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, sino a todos los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, no provenientes de un contrato de trabajo, en que se controviertan, se repite, actos administrativos de carácter nacional.

La solución es diferente cuando se trata de una controversia de carácter laboral-administrativo que se presenta entre empleados públicos y entidades territoriales (Departamentos, Distritos Capital o Especiales, municipios) o descentralizadas del orden local (establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales, etc.), pues en esos casos el tribunal competente es aquel que ejerce jurisdicción sobre el territorio en donde se expidió el acto administrativo acusado, y no el tribunal administrativo del lugar en donde se prestaron o debieron prestarse los servicios personales, como ya lo ha expresado esta Corporación en otras ocasiones en que se ha definido la competencia para conocer de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, no provenientes de un contrato de trabajo, promovidas por empleados vinculados a determinado Departamento por situación estatutaria o reglamentaria, pero que prestan o prestaron sus servicios por fuera del territorio de dicho Departamento, como agente fiscal o en casas de dicha entidad territorial.

En conclusión: la norma aplicable para establecer la competencia de los tribunales administrativos, cuando se trata de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho promovidas por empleados o ex-empleados públicos, sus beneficiarios o herederos, en orden a obtener la declaratoria de nulidad de actos administrativos del orden nacional y como consecuencia de ello, el restablecimiento de sus derechos salariales, prestacionales, de carrera afectados inclusive por decisión de destitución, insubsistencia, revocatoria, etc., por razón del factor territorial, es la contenida en el inciso final del numeral 6o. del artículo 132 del C.C.A., cuando se trata de procesos de doble instancia, o el inciso final del numeral 6o. del art. 131 ib., cuando se trata de procesos de única instancia, y, en manera alguna, el numeral 9o. de los mismos artículos 131 y 132 del C.C.A.

En estas condiciones, y teniendo en cuenta que la competencia determinada en el *sub-lite* por el factor territorial, corresponde al Tribunal Administrativo de Norte de Santander, la Sala ordenará la remisión del proceso al mencionado Tribunal.

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

RESUELVE:

1o. Remítase por competencia el presente proceso al Tribunal Administrativo de Norte de Santander, de conformidad con lo expuesto en la presente providencia.

2o. Por la Secretaría y mediante oficio, remítase copia de esta decisión al Tribunal Administrativo de Cundinamarca con el fin de que haga las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintinueve (29) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Nubia González Cerón, Secretaria General.

ACTO DE SUSPENSION DEL CARGO/RETIRO DEL SERVICIO– Inexistencia/**CONFLICTO DE COMPETENCIA/COMPETENCIA TERRITORIAL–**(Salvamento de Voto)

Comparto lo expuesto por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en el sentido de que la suspensión de un funcionario público a términos del numeral 6o. del artículo 131 del C.C.A., no constituye retiro del servicio, por lo que, en el *sub-lite*, la competencia por razón del territorio, ha debido ser determinada por el lugar en donde se produjo el acto administrativo, esto es, en Bogotá, en aplicación del inciso final del numeral 9o. del precitado artículo.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Salvamento de Voto del *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. C-250. Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez. Actor: Carlos Arturo Torrado Clavijo.

Con el debido respeto por la decisión mayoritaria, me aparto del contenido de la providencia del 29 del mes próximo pasado, por la siguiente razón:

Comparto lo expuesto por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander, en el sentido de que la suspensión de un funcionario público a términos del numeral 6o. del artículo 131 del C.C.A., no constituye retiro del servicio, por lo que, en el *sub-lite,* la

competencia por razón del territorio, ha debido ser determinada por el lugar en donde se produjo el acto administrativo, esto es, en Bogotá, en aplicación del inciso final del numeral 9o. del precitado artículo.

Respetuosamente,

Delio Gómez Leyva.

CONFLICTO DE COMPETENCIA/NOTARIO/EMPLEADO PUBLICO– Inexistencia/**SUSPENSION DEL CARGO/ACTO DE CARACTER NACIONAL/COMPETENCIA TERRITORIAL–**(Salvamento de Voto)

Los Notarios en Colombia no son empleados públicos, ni se les aplica la normatividad propia de tales. Son servidores públicos que tienen su propio régimen. Se discute con la demanda sobre la legalidad o ilegalidad del acto administrativo mediante el cual la Superintendencia de Notariado y Registro suspende por 15 días al demandante. Cosa distinta sería si se tratare de la destitución del mismo (art. 132 numeral 6o. del C.C.A.). Por el carácter nacional de la entidad que profirió el acto demandado y por el contenido de este, se impone ubicar la situación bajo el inciso final del numeral 9o. del art. 132 de. C.C.A., correspondiente, por consiguiente, el conocimiento del asunto al Tribunal Administrativo de Cundinamarca por ser en Santafé de Bogotá, D.C., donde se profirieron las resoluciones enjuiciadas por autoridades de la Superintendencia de Notariado y Registro.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Salvamento de Voto del Consejero de Estado Doctor Daniel Suárez Hernández.

Referencia: Expediente No. C-250. Asunto: Conflicto de competencia territorial entre los Tribunales Administrativos de Cundinamarca y Norte de Santander. Actor: Carlos Arturo Torrado Clavijo.

Apoyé el proyecto de decisión presentado por el ponente inicial Doctor Delio Gómez Leyva, según el cual se concluía que la competencia para conocer del presente asunto era del resorte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por lo siguiente:

a) Los notarios en Colombia no son empleados públicos, ni se les aplica la normatividad propia de tales. Son servidores públicos que tienen su propio régimen.

b) Se discute con la demanda sobre la legalidad o ilegalidad del acto administrativo mediante el cual la Superintendencia de Notariado y Registro suspende por 15 días al demandante. Cosa distinta sería si se tratare de la destitución del mismo (art. 132 numeral 6o. del C.C.A.).

c) Por el carácter nacional de la entidad que profirió el acto demandado y por el contenido de este, se impone ubicar la situación bajo el inciso final del numeral 9o. del art. 132 del C.C.A., correspondiente, por consiguiente, el conocimiento del asunto al Tribunal Administrativo de Cundinamarca por ser en Santafé de Bogotá, D.C., donde se profirieron las resoluciones enjuiciadas por autoridades de la Superintendencia de Notariado y Registro.

Cordialmente,

Daniel Suárez Hernández.

Fecha *ut-supra.*

SALA DE CONSULTA

BIEN DE USO PUBLICO/RESTITUCION DE BIEN DE USO PUBLICO/ ACCION DE RESTITUCION/BIEN FISCAL-Recuperación**/ACCION REIVINDICATORIA/BIEN FISCAL-**Mejoras**/PAGO/PRESCRIPCION ADQUISITIVA DEL DOMINIO**

Los inmuebles cedidos por el INCORA al departamento del Tolima, conservaron su carácter de bienes fiscales, con excepción de aquellos que fueron destinados a la conservación de la fauna, la flora y el medio ambiente, los cuales adquirieron la naturaleza de bienes de uso público. La acción procedente para la recuperación de los bienes que adquirieron el carácter de uso público, es la acción de restitución prevista en el artículo 132 del Código Nacional de Policía, la cual puede ser ejercida por los alcaldes de la jurisdicción en donde aquellos se encuentren ubicados. Pero en tratándose de bienes fiscales, será menester acudir a la justicia ordinaria mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria, que respecto de actividades o bienes agrarios, se ejerce ante la jurisdicción agraria, creada y organizada por el Decreto-Ley 2303 de 1989. Corresponde entonces al Departamento del Tolima, hacer un examen cuidadoso de la destinación de los predios y promover las acciones pertinentes, con el fin de obtener la recuperación de los bienes de su propiedad, invadidos por particulares. Respecto de los terrenos cedidos por el INCORA al departamento del Tolima, que ostentan el carácter de bienes fiscales, proceder el pago de las mejoras necesarias y útiles a los individuos que se encuentran en posesión de los mismos, de acuerdo con lo que disponga el juez competente. La situación jurídica es la misma para los poseedores de dichos bienes, así sean anteriores o posteriores a la fecha en que se hizo la cesión, siempre que no se haya producido el fenómeno de la prescripción.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre la clasificación de los terrenos vecinos al Embalse de Río Prado, en el departamento del Tolima, y la acción procedente para su recuperación Radicación No. 584.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Fabio Villegas Ramírez, formula a la Sala la siguiente consulta:

El Ministerio de Gobierno, a solicitud del Gobernador del Departamento del Tolima, desea conocer el concepto de esa Honorable Sala en lo relacionado con **la clasificación de un bien inmueble y la acción procedente para su recuperación.**

Los hechos que ilustran este asunto se sintetizan de la siguiente manera:

A. Por Ordenanza No.45 de noviembre 24 de 1972 la Asamblea Departamental del Tolíma creó la "Junta de Ordenamiento Físico de los terrenos vecinos al Embalse del Río Prado", a la cual le fijó funciones en su artículo 2o.

B. Por medio de Ordenanza 19 de noviembre 20 de 1975 se modificaron las funciones de la Junta, las cuales quedaron consignadas en el artículo 2o.

C. Con fundamento en las Ordenanzas 45 de 1972 y 19 de 1975, la Junta expidió la Resolución número 01 de 1977 "Para el ordenamiento físico del embalse y terrenos vecinos del Río Prado", contentiva de normas sobre conservación de fauna y flora, urbanismo y construcción, uso del embalse, sanitarias y sobre entidades de control.

D. Mediante resolución No. 00016 de 16 de enero de 1978, la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), a solicitud del Departamento del Tolima y fundada en la Resolución 01 de 1977 de la Junta de Ordenamiento Físico de los terrenos vecinos al Embalse del Río Prado, autorizó al Gerente General del Instituto para ceder al citado Departamento los lotes de terreno no susceptibles de inundación diferenciados por sus linderos y cabida, ubicados dentro del embalse del Río Prado y que forman parte de predios en mayor extensión que se encuentran inundados, en jurisdicción de los municipios de Purificación, Prado y Cunday, Departamento del Tolima.

Es de anotar que en la citada resolución 00016 de 1977 la Junta Directiva del Incora condicionó la cesión de los lotes a dos condiciones:

A los planes ordenados en la resolución 01 de la Junta de Ordenamiento Físico de los terrenos vecinos al embalse del Río Prado.

A mantener invariablemente la destinación del terreno objeto de la cesión.

E. Por medio de Escritura Pública 834 del 14 de abril de 1 978, otorgada ante la Notaría Segunda de Ibagué, el Incora cedió el área no inundable de los predios ubicados en la represa del Río Prado.

En la cláusula cuarta "Destinación Específica", la escritura precisa que los predios y mejoras objeto de la cesión serán destinados **necesaria y específicamente** a los siguientes fines:

– Planes y programas tendientes a la conservación de la fauna y flora.

– Controlar el cumplimiento de normas y reglamentos sobre urbanismo y construcción respecto de las obras ejecutadas y las que se inicien a partir del contrato de cesión.

– Destinar un lote con área suficiente para el asentamiento de los pescadores que se encuentren radicados en los predios adquiridos por el Incora.

En la cláusula séptima "Posesión y Tenencia",se consagró que el Incora cede al Departamento las acciones judiciales y policivas tendientes a obtener la posesión o tenencia de los lotes ocupados por terceras personas.

En la cláusula octava de la escritura se estipuló que el Departamento pagará a los interesados el valor de las mejoras, cuando fuere procedente, en la forma establecida en el Código Civil y en la Ley 200 de 1936.

F. La Procuraduría General de la Nación, por medio de su Delegada en lo Civil, ha solicitado del Gobernador del Departamento del Tolima que proceda a iniciar las acciones policivas o judiciales pertinentes para la recuperación de los terrenos inundados.

Los documentos que sirven de soporte a la anterior síntesis se anexan para el conocimiento de los H. Consejeros.

Con fundamento en lo anterior, se consulta:

1. Por su condición de bienes destinados a la conservación de la fauna, la flora y el medio ambiente, conforme al artículo 63 de la Constitución Política y demás disposiciones que lo desarrollan, los inmuebles cedidos por el Incora al Departamento, son bienes de uso público, o si dichos predios son bienes fiscales.

2. ¿Cuál es la acción procedente para la recuperación de dichos predios, la llamada "Acción Popular" conforme al art. 2o., parágrafo único del Decreto 2303 de 1989?; o la "Acción Reivindicatoria" consagrada también en el artículo 2o., *ibídem*?

3. En el evento de que los terrenos cedidos por el Incora al Departamento del Tolima sean consagrados como bienes flscales, es procedente el pago de mejoras necesarias y útiles a los invasores de los mismos que se encuentran en posesión de dichos bienes con posterioridad a la cesión por parte del Incora?

4. Qué tratamiento debe darse a los numerosos ocupantes de hecho que invadieron los terrenos con construcciones y mejoras con anterioridad a la fecha de cesión por parte del Incora al Departamento del Tolima?

LA SALA CONSIDERA

1. **Antecedentes.** La Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, con fecha 18 de enero de 1978 expidió la resolución número 016, mediante la cual autorizó al Gerente del INCORA para ceder al departamento del Tolima varios predios, ubicados en terrenos vecinos del río Prado, jurisdicción de los municipios de Purificación, Prado y Cunday.

Previamente, el gobernador del Tolima, mediante oficio de 28 de julio de 1977 y en ejercicio de facultades que le habían sido conferidas por las ordenanzas 45 de 1972 y 19 de 1975, había formulado la correspondiente petición, relacionada con la cesión de predios. Dicha petición la sustentaba en el interés que tenía el departamento de disponer de las áreas de terreno correspondientes, con el fin de desarrollar planes sobre conservación de fauna y flora, urbanismo y construcción, obras sanitarias y uso turístico, en la zona de influencia del embalse del Río Prado. A dichos planes se había referido en forma concreta la Junta de Ordenamiento Físico al expedir la resolución 01 de 30 de junio de 1977.

La Junta Directiva del INCORA consideró conveniente ordenar la cesión de los predios no susceptibles de inundación y que, de acuerdo con los estudios técnicos, no eran aptos para desarrollar programas de reforma agraria. (Se advierte, sin embargo, que éste fue el cometido para el cual habían sido adquiridos años atrás).

En efecto, el Gerente, obrando en nombre y representación del INCORA, por medio de la escritura pública número 834 de 14 de abril de 1978, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Ibagué, cedió al departamento del Tolima el derecho de dominio sobre los predios denominados La Manuela, Guasimales, La Soledad, Tapurito, La Unión y Tena-Fur. Según la cláusula cuarta, los predios tienen la siguiente destinación específica:

– Adoptar planes y programas tendientes a la conservación de la fauna y la flora, de acuerdo con las disposiciones legales sobre conservación de los recursos naturales renovables;

– Controlar el cumplimiento de las normas y reglamentos sobre urbanismo y construcción;

– Controlar el cumplimiento de las normas y reglamentos sanitarios;

– Destinar un lote con área suficiente, a criterio de la Gobernación del Tolima, para el asentamiento de los pescadores que se encuentren radicados en los predios adquiridos por INCORA en el área de influencia de la Represa HIDROPRADO; y

– Reservar a título gratuito y poner a disposición de Centrales Eléctricas del Tolima S .A., en el lote La Manuela, un área de quince (15) hectáreas localizadas a partir de la cota 367, "para que realice las construcciones y obras que juzgue necesarias".

De los documentos allegados con la consulta, se deduce que los predios cedidos estaban ocupados por particulares que habían adelantado en ellos construcciones y otras mejoras. Por esta razón, en las cláusulas séptima y octava de la escritura mencionada, se dispuso la cesión en favor del departamento del Tolima de "las acciones judiciales y policivas tendientes a obtener la posesión o tenencia de los lotes ocupados por terceras personas" y se estipuló la obligación para la misma entidad territorial de pagar "a los interesados el valor de las mejoras, cuando fuere procedente, en la forma establecida en el Código Civil y en la Ley 200 de 1936".

2. **Bienes de uso público y bienes fiscales.** La clasificación de los bienes estatales, entre bienes de uso público y bienes fiscales, proviene del Código Civil, adoptado para regir en la República por la Ley 57 de 1887 (*ibídem,* arts. 674 y ss).

De conformidad con dicho Código, si el dominio de los bienes pertenece a la República y además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de uso público o bienes públicos del territorio.

En cambio, los bienes de la República cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la República o bienes fiscales.

La Constitución de 1991, al asumir el tratamiento de la materia relacionada con los bienes de uso público, básicamente se refirió a ellos en las dos disposiciones siguientes:

> ART. 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de

la Nación y los demás bienes que determine la Ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

ART. 102. El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación.

3. **Naturaleza jurídica de los predios que son materia de la consulta.** Inicialmente, los predios estuvieron reservados al desarrollo de programas de reforma agraria, de conformidad con las prescripciones de la Ley 135 de 1961. Esta circunstancia les otorgaba la calidad de bienes fiscales, o sea aquellos que siendo propiedad del Estado, su uso no pertenece al público y por tanto se encuentra restringido por la Ley, motivo por el cual reciben un tratamiento semejante al de la propiedad privada.

Así que, en el período durante el cual el INCORA conservó el derecho de propiedad sobre los predios en referencia, con el fin de darles la destinación prevista en la Ley de reforma agraria, ellos ostentaron la naturaleza de bienes fiscales. Por consiguiente, de acuerdo con el ordenamiento jurídico eran enajenables y prescriptibles sobre estos bienes, en principio, era posible que los particulares ejercieran posesión y que por el transcurso del tiempo senalado en la Ley, pudieran adquirir su dominio a través de la prescripción.

Algunos años después, según se afirma en la consulta, estudios técnicos determinaron que los predios mencionados no eran aptos para el cumplimiento de programas de reforma agraria. Por este motivo y a petición del gobernador del Tolima, quien obraba con apoyo en ordenanzas expedidas por la Asamblea de su departamento, el INCORA decidió cederlos a dicha entidad territorial.

Una vez definida esa situación técnica, en el sentido de que los inmuebles eran impropios para el desarrollo de programas de reforma agraria, el INCORA los cedió al departamento del Tolima por medio de la resolución 016 de 18 de enero de 1978, emanada de su Junta Directiva, y ejecutada mediante la escritura pública número 834 de 14 de abril siguiente. En ambos actos jurídicos, a los predios se les otorgaba una destinación específica, la cual se hizo constar en la cláusula cuarta de la escritura, en la forma a que ya se hizo alusión.

En la resolución mencionada, textualmente se expresa:

ART. 2o.– En el contrato que celebre el Instituto con el Departamento deberán establecerse las siguientes condiciones:

Destinar los lotes en mención a los planes ordenados en la resolución 01 de la Junta de Ordenamiento Físico del Embalse y Terrenos Vecinos del Río Prado, que se enuncian en los considerandos de esta resolución.

Mantener invariablemente la destinación del terreno objeto de la cesión por tiempo indefinido.

ART.3o.– El Instituto deberá declarar la caducidad administrativa del contrato de cesión en caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas por parte del adquiriente, y en este supuesto podrá recuperar los terrenos en el estado en que se encuentren.

Como consecuencia de la cesión del dominio, que se hizo por el cambio de destinación de los predios, en la naturaleza de éstos se operó una mutación parcial, como que ellos fueron destinados al desarrollo de "planes y programas tendientes a la conservación de la fauna y la flora". Aunque este aspecto y su utilización común, les daba el carácter de bienes de uso público, simultáneamente los predios debían destinarse también, dentro de ciertos parámetros y condiciones, a controlar el cumplimiento tanto de "las normas y reglamentos sobre urbanismo y construcción" como "de las normas y reglamentos sanitarios", así como al asentamiento de pescadores ("un lote en área suficiente, a criterio de la Gobernación del Tolima") y otro, de 15 hectáreas, en La Manuela, para la realización de obras por parte de Centrales Eléctricas del Tolima S.A., todo lo cual significaba que los predios mantenían su condición de bienes fiscales.

De manera que sólo la parte destinada a la conservación de recursos naturales renovables y del medio ambiente, y por ser susceptible de utilización por todas las personas dentro del marco señalado por la Ley, convirtióse en bien de uso público, con la característica de ser inalienable, imprescriptible e inembargable, de conformidad con la Constitución (art.63) y la Ley (art.2519 del Código Civil). Allí los particulares, que hasta entonces podían alegar derechos de posesión, se convirtieron en simples ocupantes, desprovistos de la expectativa de adquirir el dominio de predios por el ejercicio de la posesión, por cuanto la prescripción que se había iniciado en el lapso durante el cual los bienes fueron fiscales, de inmediato quedó interrumpida. Delmismo modo, las personas que hayan ocupado aquellos predios con posterioridad a su destinación al uso público, carecen también de la calidad de poseedores y no podrán alegar respecto de los mismos, la prescripción, como medio para llegar a adquirir dominio.

4. **Acción que procede para la recuperación de los predios.** Los inmuebles en referencia que tienen el carácter de bienes de uso público, son los destinados a la conservación de los recursos naturales renovables y del medlo ambiente. En tales condiciones, son de utilidad pública e interés social, como consecuencia de servir al desarrollo de la vida en comunidad.

Siendo dichos bienes, inalienables e imprescriptibles, sobre ellos no es viable el ejercicio de la acción reivindicatoria, precisamente porque no pueden ser objeto de

apropiación particular, ni generar derechos en favor de terceros. Por consiguiente, su propiedad no se rige, como la propiedad privada, por los preceptos del Código Civil.

Para tales casos, la Ley ha previsto una vía más expedita, dado que se trata de la defensa de bienes de uso público y del desalojo de ocupantes que están desprovistos de derechos reconocidos legalmente. Esa acción es la denominada **restitutoria,** consagrada en el Código Nacional de Policía (Decreto-Ley 1355 de 1970) en los términos siguientes:

> ART.132.- Cuando se trate de la **restitución de bienes de uso público,** como vías públicas urbanas o rurales o zona para el paso de trenes, los alcaldes, una vez establecido, por los medios que estén a su alcance, el carácter de uso público de la zona o vía ocupada, procederán a dictar la correspondiente resolución de restitución que deberá cumplirse en un plazo no mayor de treinta días. Contra esta resolución procede recurso de reposición y también de apelación para ante el respectivo gobernador.(Destaca la Sala).

De conformidad con el precepto transcrito,, la administración municipal puede recuperar los bienes de uso público sin acudir a los jueces, utilizando el procedimiento administrativo compulsivo que disponga el desalojo. La acción es policiva como consecuencia directa de tratarse de bienes de uso público, los cuales gozan de una protección especial.

La **acción restitutoria** es la procedente y la más expedita, en el caso de la consulta, pues la **acción popular** prevista en el art.1005 del Código Civil y con mayor amplitud en el art. 8o. de la Ley 9a. de 1989 sobre reforma urbana, es menester promoverla ante el órgano judicial competente, para la defensa de los elementos constitutivos del espacio público y el medio ambiente; en tratándose de la preservación del ambiente rural y manejo de los recursos naturales renovables de carácter agrario, la acción popular se ejerce ante los jueces agrarios (Decreto-Ley 2303 de 1989, art. 2o. parágrafo).

Ahora bien: la **acción reivindicatoria o acción de dominio,** que es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela, es la procedente en tratándose de bienes fiscales. Así se deduce de los preceptos contenidos en el Código Civil (arts. 946 y ss.), los cuales, en cuanto estén relacionados con actividades de bienes agrarios, se someten al trámite establecido ante la jurisdicción agraria, conforme a lo dispuesto en el Decreto-Ley 2303 de 1989 (art. 2o., numeral 1).

Será, pues, ante el juez competente de la justicia ordinaria, que se tramitarán todas las reclamaciones sobre daños y mejoras de los bienes del Estado que tengan el carácter de fiscales.

Respecto de bienes de uso público, sus ocupantes no tienen derecho a reconocimiento de mejoras, por tratarse de bienes cuya característica principal es la de ser imprescriptibles, de donde deviene que no pueden ser objeto de posesión y que, por tanto, hay imposibilidad de que su dominio pueda ser adquirido por prescripción. No obstante, los ocupantes de terrenos con esa destinación, tendrían derecho al pago de aquellas mejoras plantadas con anterioridad a la reconversión, es decir, cuando los bienes eran fiscales, a partir de ese momento, se repite, no pueden alegar válidamente la condición de poseedores.

LA SALA RESPONDE:

1. Los inmuebles cedidos por el INCORA al departamento del Tolima, conservaron su carácter de bienes fiscales, con excepción de aquellos que fueron destinados a la conservación de la fauna, la flora y el medio ambiente, los cuales adquirieron la naturaleza de bienes de uso público.

2. La acción procedente para la recuperación de los bienes que adquirieron el carácter de uso público, es la acción de restitución prevista en el artículo 132 del Código Nacional de Policía, la cual puede ser ejercida por los alcaldes de la jurisdicción en donde aquellos se encuentren ubicados.

Pero en tratándose de bienes fiscales, será menester acudir a la justicia ordinaria mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria, que respecto de actividades o bienes agrarios, se ejerce ante la jurisdicción agraria, creada y organizada por el Decreto-Ley 2303 de 1989.

Corresponde entonces al departamento del Tolima, hacer un examen cuidadoso de la destinación de los predios y promover las acciones pertinentes, con el fin de obtener la recuperación de los bienes de su propiedad, invadidos por particulares.

3. Respecto de los terrenos cedidos por el INCORA al departamento del Tolima, que ostentan el carácter de bienes fiscales, procederá el pago de las mejoras necesarias y útiles a los individuos que se encuentran en posesión de los mismos, de acuerdo con lo que disponga el juez competente.

La situación jurídica es la misma para los poseedores de dichos bienes, así sean anteriores o posteriores a la fecha en que se hizo la cesión, siempre que no se haya producido el fenómeno de la prescripción.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Gobierno y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República. (C.C.A., art. 112) .

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación el 4 de abril de 1994, con oficio No. 420.

INSTITUTO DE FOMENTO ALGODONERO/PROCESO DE LIQUIDACION

Es el gobierno nacional quien debe adelantar el proceso de liquidación de la Sociedad Palmas Oleaginosas La Cabaña Ltda., y entregar a Cofiatro el valor del remanente del interés social que resulte de la liquidación, para que esta Corporación emita las acciones a nombre del gobierno nacional por la misma cuantía.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Disolución del Instituto de Fomento Algodonero –IFA–, y distribución de sus bienes. Interpretación del parágrafo 2o., del Decreto-Reglamentario 1328 de 1969. Radicación No. 341.

El doctor Gabriel Rosas Vega, Ministro de Agricultura, fundado en el numeral 2o. del artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, eleva a la Sala la siguiente consulta:

1. Por medio del Decreto 2420 de 1968, artículos 66 y siguientes, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades extraordinarias que le otorgó la Ley 65 de 1967, disolvió, entre toros, el Instituto de Fomento Algodonero –IFA– y reasignó sus funciones entre el Instituto Colombiano Agropecuario –ICA– y el Instituto de Mercadeo Agropecuario –IDEMA–.

Posteriormente, en ejercicio de la facultad reglamentaria, por medio del Decreto 1328 de 1969, se procedió a redistribuir los bienes del IFA, ordenando en su artículo 2o.

lo siguiente: "A la Corporación Financiera de Fomento Agropecuario y de Exportaciones "COFIAGRO" se transpasará el interés social que tenía el Instituto de Fomento Algodonero –IFA–, en sociedades dedicadas a las exportaciones de palma africana.

Parágrafo 1o.: Por el valor de los activos líquidos que resulten de la operación indicada en este artículo, Cofiagro emitirá acciones a favor del Gobierno Nacional.

Parágrafo 2o.: Cuando no se considere conveniente la participación de Cofiagro en una de tales sociedades, se procederá a la liquidación de la sociedad en cuestión".

2. Según Escritura Pública No. 1615 de la Notaría 1a. de Bogotá, el día 15 de mayo de 1961, se constituyó una sociedad de responsabilidad limitada denominada "Palmas Oleaginosas La Cabaña Ltda.", en la cual uno de los socios era el Instituto de Fomento Algodonero –IFA–. Por lo tanto, el interés social de este Instituto, por razón de los Decretos antes citados, fueron aportados por el Gobierno Nacional a la Corporación Financiera de Fomento Agropecuario y de Exportaciones –COFIAGRO–, quien sustituyó al IFA en su interés social.

3. Con base a lo establecido en el parágrafo 2o. del artículo 2o. del Decreto 1328, Cofiagro ha manifestado no haber adquirido el interés social que tenía el IFA en la Sociedad Palmas Oleaginosas La Cabaña Ltda., por no considerar conveniente su participación en tal sociedad.

4. Ante la negativa de Cofiagro de aceptar tales acciones, se han presentado diferentes interpretaciones del citado parágrafo, a saber:

a) Para algunos, por mandato imperativo del artículo 2o. del Decreto 1328 de 1969, Cofiagro es el propietario de las acciones o parte del interés social que el IFA tenía en la Sociedad "Palmas Oleaginosas La Cabaña Ltda.", y por tanto, es esa Corporación quien debe, si considera no conveniente su participación, proceder a liquidar la Sociedad, emitiendo luego las acciones a favor del Gobierno Nacional.

b) Otros, al contrario, consideran que Cofiagro está en su derecho al ampararse en el parágrafo 2o. del artículo 2o. del Decreto 1328 de 1969 al no considerar conveniente su participación en la Sociedad Palmas Oleaginosas La Cabaña Ltda. y así abstenerse de recibir e incorporar en sus activos el interés social que tenía el IFA en dicha empresa.

Por lo anterior expuesto, se plantea la siguiente consulta:

1. De acuerdo a lo estipulado en el artículo 2o. del Decreto 1328 de 1969, ¿es Cofiagro el verdadero propietario de las acciones o parte del interés social que el Instituto de Fomento Algodonero –IFA– tenía en la Sociedad Palmas Oleaginosas La Cabaña Ltda.?

2. Para efectuar el traspaso a Cofiagro de la parte de interés social que tenia el IFA en la sociedad, ¿qué requisitos deben cumplirse?

3. Si, el uso de la facultad que le otorga el parágrafo 2o., del artículo 2o. del Decreto 1328, Coafiagro no acepta su participación en la Sociedad Palmas Oleaginosas La Cabaña Ltda., como quiera que debe entonces procederse a hacer la liquidación de esta última, puede el Ministerio de Agricultura, comisionar a la Corporación para que sea ella quien adelante tal actuación? Y, en este caso, por el valor de los activos líquidos que resulten de esta operación, emitir acciones a favor del Ministerio conforme lo previsto en el parágrafo 1o. del artículo 2o. tantas veces mencionado?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1. El Presidente de la República, en desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso en la Ley 65 de 1967, expidió el Decreto-Ley 2420 de 1968, por medio del cual se reestructuró el Sector Agropecuario. Como parte de dicha reestructuración se suprimió el Instituto de Fomento Algodonero (art. 66), asignando sus funciones al Instituto Colombiano Agropecuario, en cuanto tuvieran que ver con la investigación y el fomento, y al Instituto de Mercadeo Agropecuario, respecto de las actividades de mercadeo y beneficio.

En relación con los bienes que poseía el Instituto de Fomento Algodonero, el artículo 67 del citado Decreto 2420 de 1968, dispuso que serían aportados por el Gobierno Nacional antes del 31 de diciembre de 1968 a los organismos del sector agropecuario, de conformidad con el reglamento que se expidiera.

2. En uso de la facultad reglamentaria, el Presidente de la República expidió el Decreto 1328 de 1969, mediante el cual se determinó la manera de distribuir los bienes del Instituto de Fomento Algodonero. En el artículo 2o. se dispuso que: "A la Corporación Financiera de Fomento Agropecuario y de Exportaciones 'Cofiagro' se transpasará el interés social que tenía el Instituto de Fomento Algodonero 'IFA', en sociedades dedicadas a las explotaciones de palma africana.

"Parágrafo 1o.– Por el valor de los activos líquidos que resulten de la operación indicada en este artículo, Cofiagro emitirá acciones a favor del Gobierno.

"Parágrafo 2o.– Cuando no se considere conveniente la participación de Cofiagro en una de tales sociedades, se procederá a la liquidación de la sociedad en cuestión"-

3. La Corporación Financiera de Fomento Agropecuario y de Exportaciones "Cofiagro", es una sociedad de economía mixta vinculada al Ministerio de Agricultura (Decreto 133 de 1976), que tiene como objetivos principales la promoción, transformación, creación y reorganización de empresas agropecuarias, agroindustriales y

de aprovechamiento de los recursos naturales renovables, para lo cual podrá participar en el capital de ellas o prestarles la asesoría necesaria.

4. Con la supresión del Instituto de Fomento Algodonero, el Gobierno Nacional quizo (sic) fomentar a través de la Corporación Financiera de Fomento Agropecuario y de Exportaciones las empresas dedicadas a las explotaciones de palma africana, traspasando a esta Corporación el interés social que el Instituto tenía en dichas empresas, cuando considerara conveniente su participación; en caso contrario, procedería a la liquidación de la empresa o empresas en las que no fuera conveniente la participación de Cofiagro.

5. De lo anterior se concluye que, respecto del traspaso del interés social que poseía el IFA en las sociedades que explotan palma africana se presentan dos situaciones, a saber:

a) Cuando el Gobierno considere conveniente la participación de Cofiagro en una de las sociedades dedicadas a las explotaciones de palma africana, en la que tenía interés social el Instituto de Fomento Algodonero, se procederá a efectuar el traspaso correspondiente de dicho interés social a Cofiagro, entidad que está obligada a emitir acciones a favor del Gobierno Nacional, por el valor de los activos líquidos que resulten de la operación de traspaso. Es decir, que la participación social que el gobierno nacional posee en Cofiagro se incrementaría con la emisión de dichas acciones.

b) Cuando el Gobierno considere que no es conveniente la particpación de Cofiagro en una de las mencionadas entidades, procederá a la liquidación de la misma y entregará a Cofiagro el remanente de los activos sociales que le hubiera correspondido al Instituto de Fomento Algodonero, para que esa Corporación emita las acciones correspondientes a favor del gobierno nacional.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala absuelve los interrogantes formulados por el señor Ministro de Agricultura:

1. Por disposición del artículo 2o. del Decreto 1328 de 1969, el gobierno nacional debe traspasar a Cofiagro el interés social que tenía el Instituto de Fomento Algodonero en las sociedades dedicadas a las explotaciones de palma africana, tal como lo indica la parte considerativa del mismo Decreto, en calidad de aporte.

De manera que, a pesar de que los activos líquidos que resulten de la operación u operaciones de traspaso del interés social, entran a formar parte del capital social de Cofiagro, deben incrementar la participación del gobierno nacional en esta sociedad de economía mixta, de suerte que, su distribución no puede hacerse indiscriminadamente entre todos los accionistas de la corporación. Expresamente, el parágrafo 1o. del citado artículo 2o., del Decreto 1328 de 1969, prevé que Cofiagro emitirá acciones a favor del

Gobierno Nacional por el valor de los activos líquidos que resulten del traspaso del interés social que poseía el Instituto de Fomento Algodonero en las sociedades dedicadas a la explotación de palma africana.

Así las cosas, la Sala estima que, en el asunto materia de estudio, una vez efectuado por el gobierno el traspaso a Cofiagro del interés social que tenía el Instituto de Fomento Algodonero en la Sociedad Palmas Oleaginosas La Cabaña Ltda., esa corporación adquiere la titularidad de dicha participación, y, debe emitir inmediatamente las acciones a favor de la Nación por un valor equivalente al adquirido por la transferencia.

2. Para efectuar el traspaso a Cofiagro del interés social que el Instituto de Fomento Algodonero poseía en la Sociedad Palmas Oleaginosas La Cabaña Ltda., el Gobierno Nacional (Presidente de la República y Ministro de Agricultura) debe, en primer lugar, establecer, de acuerdo con las normas pertinentes del Código de Comercio, la cuantía de dicho interés social; determinado ese valor, se procederá a legalizar la participación de Cofiagro en el capital social de la empresa, de conformidad con las disposiciones que el Código de Comercio prevé para las sociedades de responsabilidad limitada.

3. La Sala considera, que es el Gobierno Nacional a quien corresponde determinar la conveniencia o inconveniencia de la participación de Cofiagro en la sociedad mencionada en la consulta o en cualquiera otra de las que se dediquen a la explotación de la palma africana en la que hubiere tenido interés social el suprimido Instituto de Fomento Algodonero.

Sobre esta base, se tiene que, si el Gobierno Nacional estima que Cofiagro no debe participar en el capital social de la Sociedad Palmas Oleaginosas La Cabaña Ltda., procederá a adelantar el trámite de liquidación de la empresa con fundamento en las normas vigentes del Código del Comercio.

No encuentra la Sala razón suficiente para que el gobierno comisione a Cofiagro para que adelante el proceso de liquidación de la sociedad mencionada, toda vez que, esa corporación no tiene ningún interés ni titularidad en los activos de Palmas Oleaginosas La Cabaña Ltda., y es precisamente, el Gobierno Nacional el poseedor del interés social de dicha compañía desde hace 20 años, cuando se suprimió el Instituto de Fomento Algodonero, activos que debió aportar el gobierno a Cofiagro desde esa época.

Además, en los Decretos 2420 de 1968 y 1328 de 1969, no existe facultad del gobierno para delegar o comisionar en las entidades financieras de los aportes, provenientes de los institutos suprimidos, las atribuciones propias de la reestructuración del sector agropecuario.

De suerte que, la Sala concluye que es el Gobierno Nacional quien debe adelantar

el proceso de liquidación de la Sociedad Palmas Oleaginosas La Cabaña Ltda., y entrefar a Cofiagro el valor del remanente del interés social que resulte de la liquidación, para que esta Corporación emita las acciones a nombre del Gobierno Nacional por la misma cuantía.

En los anteriores términos la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ABSUELVE ASI la Consulta formulada por el señor Ministro de Agricultura doctor Gabriel Rosas Vega.

Transcríbase en copia auténtica a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y al señor Ministro de Agricultura.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

El 19 de abril de 1994, se levantó la reserva legal.

EDAD DE RETIRO FORZOSO/RETIRO POR DERECHO A PENSION/ NOMINA DE PENSIONADOS–Inclusión

Cuando el funcionario o empleado oficial ha llegado a la edad de retiro forzoso debe la entidad proceder a notificarle de que cesará en sus funciones y será retirado del servicio, cuando la entidad de previsión social o el ISS le comuniquen su inclusión en la nómina de pensionados, en la misma fecha en que se retire. La Ley 71 de 1988 no modificó la edad de sesenta y cinco (65) años, prevista para el retiro forzoso, por el Decreto-Ley 2400 de 1968 y su Decreto Reglamentario 1950 de 1973, lo que modificó dicha Ley fue el término de seis (6) meses establecido para gestionar el reconocimiento de la pensión, que se contaba a partir de la notificación, por parte del organismo al cual se encontraba vinculado. De suerte que, no puede ser indefinida la vinculación del empleado oficial que ha cumplido la edad de retiro forzoso, porque este debe gestionar el reconocimiento y pago de su respectiva pensión, inmediatamente después de reunir los requisitos establecidos por la Ley, desde ese momento es a la entidad de previsión social a la que corresponde el trámite de la solicitud que culmina con la inclusión en nómina de pensionados, lo que permite el retiro del servicio del empleado.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta Rad. No. 347. Ley 71 de 1988. Edad de retiro forzoso del funcionario público.

El doctor Manuel Francisco Becerra Barney, Ministro de Educación Nacional, plantea a la Sala la siguiente consulta, previas las textuales consideraciones:

"Los artículos 31 del Decreto Ley 2400 de 1968 y 122 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 consagran la edad de 65 años como impedimento para desempeñar cargos públicos por edad de retiro forzoso, y la consabida obligación de la Entidad de retitarlo del servicio.

Ahora bien, el artículo 8o. de la Ley 71 de 1988 condiciona el retiro de un funcionario con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez al reconocimiento previo de dicha pensión y la comunicación de tal decisión al Organismo donde labora el funcionario para efectos de su retiro del servicio".

SE CONSULTA:

1. Cuando el funcionario ha llegado a la edad de retiro forzoso, debe la Entidad proceder a retirarlo del servicio, o, por el contrario debe esperar la Institución a que la Entidad de Previsión Social informe su inclusión en la nómina de pensionados?

2. La Ley 71 de 1988 modificó lo establecido en los artículos 31 y 122 de los Decretos Ley 2400 de 1968 y 1950 de 1973, que consagran la edad de 65 años como impedimento para desempeñar cargos públicos?

LA SALA CONSIDERA:

1. El artículo 25 del Decreto-Ley 2400 de 1968, determina las causales de retiro o cesación definitiva de funciones de los empleos de la rama ejecutiva del poder público, dentro de las cuales se encuentra la de la edad.

En concordancia con esta disposición, el artículo 31 *ibídem* establece que "todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado...".

De conformidad con las citadas normas, se tiene que, los empleaqdos públicos de la rama ejecutiva pueden ejercer sus funciones hasta cuando cumplan la edad de retiro forzoso, que por expresa disposición legal, es la de sesenta y cinco (65) años.

2. El aparte final del artículo 31 del Decreto-Ley 2400 de 1968 prevé que "los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos".

Esta norma fue reproducida por el artículo 29 del Decreto-Ley 3135 de 1968 que textualmente dispone: "a partir de la vigencia del presente Decreto el empleado público

o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez, tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión...".

3. El artículo 120 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, modificado parcialmente por el inciso 3o. del artículo 1o. de la Ley 33 de 1985, establece que "el empleado que tenga derecho a pensión de jubilación o llegue a la edad de retiro forzoso, está obligado a comunicarlo a la entidad nominadora, tan pronto cumpla los requisitos, so pena de incurrir en causal de mala conducta.

"El retiro para gozar de pensión de jubilación o de vejez, se ordenará por la autoridad nominadora, mediante providencia motivada, pero no se hará efectiva hasta que no se haya liquidado y ordenado el reconocimiento y pago de la pensión por resolución en firme".

Con esta norma se quizo (sic) obligar al empleado público a retirarse cuando cumpliera con los requisitos que para el efecto la Ley hubiera establecido. Sin embargo, aunque la disposición continúa vigente en su esencia, ha sido modificada, en primer lugar, en cuanto se refiere a la obligación del empleado público de retirarse cuando hubiera reunido los requisitos necesarios para jubilarse, por cuanto el artículo 1o. de la Ley 33 de 1985 permite al empleado con derecho a percibir pensión de jubilación, a solicitar su reconocimiento desde cuando reúna los requisitos respectivos y hasta que cumpla sesenta (60) años de edad, que es cuando se hace obligatoria dicha solicitud.

Y en segundo lugar, en lo referente al aspecto general de la obligación de retiro cuando se hubiere efectuado el reconocimiento a la pensión por medio de resolución motivada, porque el artículo 8o. de la Ley 71 de 1988 dispone que la entidad de previsión para efectuar el pago de las pensiones de jubilación, invalidez y vejez, deberá comunicar al organismo donde labora el empleado, la fecha en la cual va a ser incluido en la nómina de pensionados para efecto de su retiro del servicio.

Es decir, que no es suficiente que se haya liquidado y ordenado el reconocimiento y pago de la respectiva pensión, sino que es necesario, que se disponga la inclusión en nómina para que de este modo se asegure el pago oportuno de la prestación.

4. Igual consideración se debe aplicar respecto del artículo 124 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, que ordena a las entidades públicas notificar a sus empleados, que reúnan los requisitos para pensionarse por jubilación o por vejez, que cesarán en sus funciones y serán retirados del servicio dentro de los seis (6) meses siguientes a la ocurrencia de las mencionadas condiciones legales, para que gestionen el reconocimiento de la siguiente pensión, toda vez que el artículo 8o. de la citada Ley 71 de 1988, no establece un término definido en tiempo, sino hasta cuando la entidad

de previsión social o el ISS, comuniquen al organismo donde labora el empleado, la fecha a partir de la cual va a ser incluido en la nómina de pensionados, **para efecto de su retiro del servicio** (subraya la Sala).

De manera que, las entidades oficiales deben notificar a sus empleados que reúnan los requisitos para pensionarse por jubilación o por vejez, que cesarán en sus funciones y serán retirados del servicio, una vez la entidad de previsión social o el ISS, comuniquen que van a ser incluidos en la nómina de pensionados.

5. De lo anterior se concluye que, tal como lo prevé el artículo 122 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, "la edad de sesenta y cinco (65) años, constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto-Ley 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año". Teniendo en cuenta, eso sí, que el empleado podrá seguir ejerciendo las funciones de su cargo hasta cuando la entidad de previsión social o el ISS comuniquen al organismo donde labora que va a ser incluido en la nómina de pensionados, pues de lo contrario se presentaría solución de continuidad en el pago de la prestación, si la respectiva entidad de previsión social demora el reconocimiento y pago de la misma.

Ese precisamente ha sido el espíritu del legislador, proteger al empleado que ha laborado por largo tiempo al servicio del Estado y no permitir que sea retirado hasta cuando exista certeza que el pago de su pensión está asegurado mediante la inclusión en la nómina de pensionados, **en la misma fecha en que se retire.**

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala procede a responder las preguntas formuladas por el señor Ministro de Educación Nacional:

1. Como se indicó, cuando el funcionario o empleado oficial ha llegado a la edad de retiro forzoso debe la entidad proceder a notificarle de que cesará en sus funciones y será retirado del servicio, cuando la entidad de previsión social o el ISS le comuniquen su inclusión en la nómina de pensionados, en la misma fecha en que se retire.

2. La Ley 71 de 1988 no modificó la edad de sesenta y cinco (65) años, prevista para el retiro forzoso, por el Decreto-Ley 2400 de 1968 y su Decreto Reglamentario 1950 de 1973, lo que modificó dicha Ley fue el término de seis (6) meses establecido para gestionar el reconocimiento de la pensión, que se contaba a partir de la notificación al empleado, por parte del organismo al cual se encontraba vinculado.

De suerte que, no puede ser indefinida la vinculación del empleado oficial que ha cumplido la edad de retiro forzoso, porque este debe gestionar el reconocimiento y pago de su respectiva pensión, inmediatamente después de reunir los requisitos establecidos por la Ley, desde ese momento es a la entidad de previsión social a la que corresponde

el trámite de la solicitud que culmina con la inclusión en nómina de pensionados, lo que permite el retiro del servicio del empleado.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ABSUELVE en esta forma, la consulta planteada por el señor Ministro de Educación Nacional.

Transcríbase 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; *Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

El 19 de abril de 1994, se levantó la reserva legal.

SUBGERENCIA DE DESARROLLO REGIONAL Y URBANO-Supresión/ **BANCO CENTRAL HIPOTECARIO/CONTRATO DE TRABAJO**-Terminación/**INDEMNIZACION**-Improcedencia/**FINDETER/PLANTA DE PERSONAL/DERECHO PREFERENCIAL/PENSION**-Reconocimiento

El Banco Central Hipotecario se ve obligado a terminar los contratos correspondientes de los trabajadores de la Subgerencia de Desarrollo Regional y Urbano, por supresión de dicha dependencia ordenada por la Ley. Por este motivo, no estaría obligado el Banco Central Hipotecario a reconocer y pagar indemnizaciones previstas en la Convención Colectiva de Trabajo vigente, y que en algunos apartes transcribió el señor Ministro consultante, a los trabajadores de la Subgerencia de Desarrollo Regional y Urbano que no sean incorporados a la planta de personal de la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. Con todo, el derecho que la Ley 57 de 1989 confirió al personal de la Subgerencia de Desarrollo Regional y Urbano del Banco Central Hipotecario para efectos de su incorporación a la planta de personal de la Sociedad Financiera de Desarrollo Territorial es preferencial, y así corresponda al Decreto reglamentario determinar las condiciones que regirán para el ingreso mencionado, es lo cierto, que aquel derecho preferencial tiene un significado preciso desde el punto de vista jurídico y gramatical: implica que la vinculación de personal a FINDETER debe hacerse atendiendo primeramente, con la debida antelación respecto de otros aspirantes, a los servidores de la dependencia del Banco Central Hipotecario que la Ley suprime; sin que pueda legítimamente ser vinculado personal distinto, a los cargos respectivos, sin antes agotar la nómina de que disponía la Subgerencia en la fecha en que la Ley 57 de 1989 entró en vigencia empezó, por ende, a producir efectos jurídicos. El Banco Central Hipotecario debe reconocer y pagar a los trabajadores que laboran en la Subgerencia de Desarrollo Regional y Urbano y que no

sean incorporados a la planta de personal de la Financiera creada por la Ley 57 de 1989, la pensión a que se refiere dicho artículo, por cuanto la disposición tiene carácter general y busca favorecer a la parte más débil de la relación laboral, al prever que el trabajador con diez o más años de servicio que sea retirado por "causas independientes de su voluntad", recibirá una pensión mensual vitalicia equivalente al cuatro por ciento del promedio del sueldo mensual percibido durante el último año de vinculación al Banco, por cada año de servicio, sin exceder de las tres cuartas partes del referido salario. Como en efecto ocurre, la supresión de la Subgerencia y por ende la cancelación de contratos de trabajo y retiro de los trabajadores, obedece a motivos independientes de la voluntad de estos últimos, pues trátase de una decisión adoptada por el Congreso de la República.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre las consecuencias jurídicas de la supresión de la Subgerencia de Desarrollo Regional y Urbano del Banco Central Hipotecario. Radicación número 342.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Luis Fernando Alarcón Mantilla, formula a la Sala la consulta siguiente:

En mi condición de Ministro de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con lo previsto en el ordinal lo. del artículo 141 de la Constitución Politica y en el numeral 2o. del ar tículo 98 del Código Contencioso Administrativo, comedidamente me permito formular a esa Sala consulta sobre las consecuencias jurídicas derivadas del parágrafo 2o. del artículo 6o. de la Ley 57 de 1989, previas las siguientes consideraciones:

1o. El señor Presidente de la República sancionó el 14 de noviembre pasado, la Ley 57 de 1989, mediante la cual se autorizó la constitución de la sociedad Financiera de Desarrollo Territorial S.A. –FINDETER–.

2o. El parágrafo 2o. del artículo 6o. de dicha Ley dispone:

"A partir de la fecha de constitución de la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. –FINDETER–, suprímese la Subgerencia de Desarrollo Regional y Urbano del Banco Central Hipotecario, entidad que procederá a modificar su estructura administrativa y su planta de personal para adecuarse a lo dispuesto

en este parágrafo. El personal vinculado a la Subgerencia de Desarrollo Regional tendrá derecho preferencial a ser incorporado a la planta de personal de la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. –FINDETER–, en las condiciones que determine el Decreto reglamentario".

3o. A pesar de lo anterior, es posible que algunos de los empleados que integran la Subgerencia de Desarrollo Regional y Urbano deban ser desvinculados de la entidad al desaparecer legalmente los respectivos cargos y la subgerencia citada.

4o. El artículo 94 del reglamento interno de trabajo del Banco Central Hipotecario dispone:

"Todo trabajador que haya servido al Banco diez años y que se inutilice para el servicio por causa de enfermedad, o que habiendo observado buena conducta, sea retirado del Banco por causas independientes a su voluntad, recibirá una pensión mensual vitalicia igual al cuatro por cien to (4%) del promedio del sueldo mensual que haya disfrutado durante el último año de servicio al Banco, por cada año de servicio, es decir, por dos años, el ocho por cien to (8%); por tres años, el doce por ciento (12%), etc., hasta el valor de un sueldo; pero estas pensiones en ningún caso serán menores de setenta y cinco pesos ($75.oo) ni mayores de las tres cuartas partes del promedio del salario mensual devengado durante el último año de servicio, a menos que se trate de sueldos menores de setenta y cinco pesos ($75.oo) mensuales, en cuyo caso la pensión mensual será igual al valor del sueldo".

5o. En el Banco Central Hipotecario existe una norma convencional que dispone:

"A partir de la vigencia de esta Convención, en caso de terminación unilateral del contrato de trabajo a término indefinido sin justa causa comprobada por parte del Banco, o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas por la Ley, el primero deberá al segundo por concepto de indemnización:

"a) 55 dias de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor a un año.

"b) Si el trabajador tuviere más de un año de servicio continuo y menos de cinco, se le pagarán 21 días adicionales de salario sobre los 55 básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción.

"c) Si el trabajador tuviere cinco años o más de servicio continuo y menos de diez, se le pagarán 27 días adicionales de salarios sobre los 55 básicos del literar a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción.

"d) Si el trabajador tuviere diez o más años de servicios continuos, se le pagarán 43 días adicionales de salarios sobre los 55 básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracciones". (Convención Colectiva de 1988, cláusula vigesimaséptima).

6o. Todas las personas que laboran en la Subgerencia de Desarrollo Regional y Urbano del Banco Central Hipotecario tienen el carácter de trabajadores oficiales, por estar vinculados a la entidad con contrato de trabajo.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, solicito a la Sala que usted preside concepto sobre la obligación del Banco Central Hipotecario de reconocer y pagar las referidas indemnizaciones a aquellos trabajadores de la Subgerencia de Desarrollo Regional y Urbano del Banco Central Hipotecario que queden cesantes como consecuencia de la constitución de la Financiera de Desarrollo Territorial, FINDETER, al igual que pagar la pensión reglamentaria a los que en el momento de su desvinculación cuenten con diez o más años de servicios. O si, por el contrario, la supresión de la Subgerencia de Desarrollo Regional y Urbano del BCH dispuesta por la Ley 57 de 1989 constituye título legítimo para terminar unilateralmente los contratos de trabajo, sin pago alguno de indemnización, a la vez que inhíbe la pensión reglamentaria.

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1o. A partir de la reforma administrativa de 1968, quedó plenamente establecido que la determinación de la organización interna de las llamadas entidades descentralizadas del orden nacional corresponde al Congreso de la República, de acuerdo con lo preceptuado por el ordinal 10o. del artículo 76 de la Constitución Nacional. De este modo, las entidades que ostentan la naturaleza de sociedad de economía mixta en la que el Estado posee más del noventa por ciento (90%) de capital social (como es el caso del Banco Central Hipotecario), están sometidas al régimen de derecho público aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado. Sobre la base de este principio, las personas que prestan sus servicios en esas entidades tienen, por regla general, el carácter de trabajadores oficiales, vinculados por contrato de trabajo (artículo 5o. Decreto 3135 de 1968).

2o. Las relaciones individuales de los trabajadores oficiales con las entidades públicas no se rigen por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, según lo establecido en los artículos 3o. y 4o. de dicho Código. Estas disposiciones prevén que

las relaciones individuales de los mencionados trabajadores se rigen por estatutos especiales. El legislador, empero, no ha expedido normas especiales sobre la materia, excepto las que regulan las prestaciones sociales de los servidores del Estado, que les son aplicables, como garantías mínimas, a los trabajadores oficiales; de manera que continúan vigentes para estos servidores, las disposiciones de la Ley 6a. de 1945 y su Decreto reglamentario 2127 del mismo año.

3o. Como se indicó, el régimen aplicable al Banco Central Hipotecario es de derecho público, lo que permite concluir que su estructura puede ser modificada por el legislador, tal como sucedió mediante la Ley 57 de 1989, por la cual se suprimió la Subgerencia de Desarrollo Regional y Urbano del citado Banco y se trasladaron sus funciones a la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. –FINDETER–.

El parágrafo 2o. del artículo 6o. de la mencionada Ley dispuso que por causa de dicha supresión el Banco debe proceder a "modificar su estructura administrativa y su planta de personal" para adecuarse a lo allí dispuesto y, además, que el personal vinculado a la Subgerencia de Desarrollo Regional y Urbano tendrá **derecho preferencial** a ser incorporado a la planta de personal de la Financiera de Desarrollo Territorial S.A., en las condiciones que determine el Decreto reglamentario.

Se observa que los contratos de trabajo de los servidores de la Subgerencia de Desarrollo Regional y Urbano del Banco Central Hipotecario, perdieron su objeto por disposición de la Ley, al ser suprimida esa dependencia. El patrono, en este caso el Banco, se encuentra frente a un mandato con fuerza legal que lo obliga a cancelar los contratos de sus trabajadores, toda vez que la dependencia con todos sus cargos, debe desaparecer de la estructura administrativa de la entidad.

4o. De conformidad con lo explicado, la Sala estima que no puede predicarse respecto del asunto materia de estudio una terminación unilateral de los contratos sin justa causa, pues el Banco Central Hipotecario se ve obligado a terminar los contratos correspondientes de los trabajadores de la Subgerencia de Desarrollo Regional y Urbano, por supresión de dicha dependencia ordenada por la Ley.

Por este motivo, no estaría obligado el Banco Central Hipotecario a reconocer y pagar indemnizaciones previstas en la Convención Colectiva de Trabajo vigente, y que en algunos apartes transcribió el señor Ministro consultante, a los trabajadores de la Subgerencia de Desarrollo Regional y Urbano que no sean incorporados a la planta de personal de la Financiera de Desarrollo Territorial S.A.

5o. Con todo, el derecho que la Ley 57 de 1989 confirió al personal de la Subgerencia de Desarrollo Regional y Urbano del Banco Central Hipotecario para efectos de su incorporación a la planta de personal de la Sociedad Financiera de

Desarrollo Territorial es preferencial, y así corresponda al Decreto reglamentario determinar las condiciones que regirán para el ingreso mencionado, es lo cierto, que aquel derecho preferencial tiene un significado preciso desde el punto de vista jurídico y gramatical: implica que la vinculación de personal a FINDETER debe hacerse atendiendo primeramente, con la debida antelación respecto de otros aspirantes, a los servidores de la dependencia del Banco Central Hipotecario que la Ley suprime; sin que pueda legítimamente ser vinculado personal distinto, a los cargos respectivos, sin antes agotar la nómina de que disponía la Subgerencia en la fecha en que la Ley 57 de 1989 entró en vigencia y empezó, por ende, a producir efectos jurídicos.

Entendido de este modo la Ley, en su alcance laboral, el concepto de trabajadores cesantes puede verse reducido al mínimo e inclusive desaparecer, en virtud de la incorporación preferencial de los servidores de la Subgerencia a FINDETER. Mas en el caso de quedar un remanente laboral, el Banco Central Hipotecario estaría exento de reconocer y pagar indemnizaciones pactadas bilateralmente en la convención colectiva y sujetas a causales de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, toda vez que las implicaciones jurídicas son independientes de la voluntad tanto de los trabajadores como del patrono y sólo deben ser atribuidas a la voluntad del legislador expresada en ejercicio de una facultad que le otorga la Constitución Política para determinar la estructura de la administración nacional y regular los aspectos concernientes al servicio público (artículos 62 y 76, ordinales 9o. y 10o.).

6o. Por el contrario, de acuerdo con el artículo 94 del reglamento interno –transcrito en la consulta– el Banco Central Hipotecario debe reconocer y pagar a los trabajadores que laboran en la Subgerencia de Desarrollo Regional y Urbano y que no sean incorporados a la planta de personal de la Financiera creada por la Ley 57 de 1989, la pensión a que se refiere dicho artículo, por cuanto la disposición tiene carácter general y busca favorecer a la parte más débil de la relación laboral, al prever que el trabajador con diez o más años de servicio que sea retirado por "causas independientes de su voluntad", recibirá una pensión mensual vitalicia equivalente al cuatro por ciento (4%) del promedio del sueldo mensual percibido durante el último año de vinculación al Banco, por cada año de servicio, sin exceder de las tres cuartas partes del referido salario.

Como en efecto ocurre, la supresión de la Subgerencia y por ende la cancelación de contratos de trabajo y retiro de los trabajadores, obedece a motivos independientes de la voluntad de estos últimos, pues trátase de una decisión adoptada por el Congreso de la República.

Transcríbase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público por intermedio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República. (Código Contencioso Administrativo, artículo 112).

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Se levantó la reserva legal el 19 de abril de 1994.

CONTRATACION DIRECTA/URGENCIA MANIFIESTA/ACTO ADMINISTRATIVO–Motivación**/PRESIDENTE DE LA REPUBLICA/POTESTAD REGLAMENTARIA**

El artículo 24 literal f), de la Ley 80 de 1993, entre otros casos, permite contratar directamente cuando existe "urgencia manifiesta". Y según el art. 42 *ibídem,* ella existe "cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas, y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o de concurso público". Según la transcrita disposición, los motivos de urgencia manifiesta deben evaluarse específicamente y se presentan en todos los casos en los cuales, según las circunstancias de hecho, resulte imposible acudir a un procedimiento de selección o concurso público. En el caso que motiva la consulta, las consideraciones de hecho que la sustentan permiten concluir que los contratos que se deben celebrar para hacer posible la realización de la IV Cumbre Iberoamericana de Jefes del Estado y de Gobierno, en el mes de junio próximo, ante la premura del tiempo, no podrán adjudicarse mediante licitación o concurso; de donde resulta que es urgente celebrarlos directamente. Mal puede la Ley, como el artículo 24, parágrafo 2o., de la Ley 80 de 1993, prescribirle al Presidente de la República un plazo perentorio para el ejercicio de una facultad discrecional que le confiere la Constitución y disponer que sin el Decreto reglamentario no es posible ejecutar la Ley. La urgencia manifiesta se declara mediante acto administrativo motivado. Del art. 42 inciso segundo se infiere que la declaratoria de urgencia puede referirse a uno

o a varios contratos que se funden en el mismo motivo; pero, en la motivación se debe hacer referencia específica a cada uno de los contratos que se vayan a celebrar con el objeto de señalar claramente su causa y finalidad.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta del Ministerio de Relaciones Exteriores sobre la viabilidad de declarar urgencia manifiesta para que se celebren los contratos relativos a la realización de la IV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno. Radicación No. 587.

Se absuelve la consulta que la señora Ministra de Relaciones Exteriores, doctora Nohemí Sanín de Rubio, formula a la Sala sobre la posibilidad de declarar de urgencia los contratos que se deben celebrar para la realización, en el mes de junio próximo, de la "Cuarta Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno". La señora Ministra de Relaciones Exteriores expone, como fundamento de la consulta, los problemas técnicos, de diversa índole, que se deben resolver para lograr realizar la mencionada reunión de Jefes de Estado y la absoluta falta de tiempo para realizar las licitaciones o concursos necesarios para contratar en forma ordinaria. En este orden de ideas, textualmente consulta:

"1.– ¿Es procedente, para todos estos contratos que requiere la realización de la IV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, la declaratoria de urgencia manifiesta contemplada en el artículo 24o. de la Ley 80 de 1993, para proceder a la contratación directa?

2.–En la medida en que todos los contratos tienen una y la misma e idéntica causa de declaratoria de urgencia, ya que de todos depende la realización de la IV Cumbre, y por la falta de cualquiera se vería igualmente amenazada su realización, ¿puede resolverse en un mismo acto, y en general, la urgencia manifiesta para todos los contratos de la IV Cumbre?

...".

La Sala considera:

1o.– El artículo 24, literal f), de la Ley 80 de 1993, entre otros casos, permite contratar directamente cuando existe "urgencia manifiesta". Y según el artículo 42 *ibídem,* ella existe "cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trata de

conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas, y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso público". Según la transcrita disposición, los motivos de "urgencia manifiesta" deben evaluarse específicamente y se presentan en todos los casos en los cuales, según las circunstancias de hecho, resulte imposible acudir a un procedimiento de selección o concurso público.

2o.– En el caso que motiva la consulta, las consideraciones de hecho que la sustentan permiten concluir que los contratos que se deben celebrar para hacer posible la realización de la IV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, en el mes de junio próximo, ante la premura del tiempo, no podrían adjudicarse mediante licitación o concurso; de donde resulta que es urgente celebrarlos directamente.

3o.– El artículo 24, parágrafo 2o., de la Ley 80 de 1993, prescribe que el Gobierno debe expedir en el plazo de 6 meses el Decreto reglamentario relativo a la contratación directa y que, si ello no ocurre, no es posible celebrar "contrato alguno por ninguna entidad estatal so pena de nulidad". Sin embargo, la Sala considera que la mencionada disposición contraría la Constitución y que, en el caso específico que ocupa su atención, no debe ser aplicada porque, según el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Nacional, corresponde al Presidente "ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de Decretos, resoluciones y órdenes necesaros para la cumplida ejecución de las leyes", como una facultad discrecional que puede o no ejercer, en cualquier tiempo, según considere o no necesario expedir cualquiera de las medidas que menciona la transcrita disposición para facilitar la ejecución de una ley. En consecuencia, mal puede la ley, como el artículo 24, parágrafo 2o., de la número 80 de 1993, prescribirle al Presidente de la República un plazo perentorio para el ejercicio de una facultad discrecional que le confiere la Constitución y disponer que sin el Decreto reglamentario no es posible ejecutar la ley.

Con fundamento en lo expuesto la Sala responde:

1o).– Los contratos que se deben celebrar con el objeto de realizar la IV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, con fundamento en el artículo 24, literal f), de la Ley 80 de 1993, pueden ser declarados urgentes a fin de celebrarlos directamente, prescindiendo del procedimiento de licitación o concurso.

2o).– Según el artículo 42, inciso segundo, de la Ley 80 de 1993, "la urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado". De esta disposición se infiere que la declaratoria de urgencia puede referirse a uno o a varios contratos que se funden en el mismo motivo; pero, en la motivación se debe hacer referencia específica a cada uno de los contratos que se vayan a celebrar con el objeto de señalar claramente su causa y su finalidad.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministra de Relaciones Exteriores y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Autorizada su publicación el 20 de abril de 1994.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Reestructuración/PLANTA DE PERSONAL/PRIMA TECNICA

El artículo 109 de la Ley 106 de 1993 confiere al Contralor General de la República el término de un año, desde la fecha de promulgación de la misma Ley, para "implantar y desarrollar la planta de personal" de la mencionada entidad. Mientras se la organiza, en el lapso y en la forma indicados, los actuales empleados deben permanecer en sus cargos. Esto sin perjuicio de la facultad de nombrar y remover a los empleados específicamente señalados por el artículo 122 de la Ley 106 de 1993. El artículo 122, inciso final, de la Ley 106 de 1993, significa que los empleados subalternos, que por razón de sus funciones dependen directamente del Contralor General, del Vicecontralor, del Secretario General, del Secretario Administrativo y del Auditor General de la Contraloría General de la República, son de libre nombramiento y remoción por tener el carácter de funcionarios de confianza de sus inmediatos superiores. La prima técnica, antes de entrar en vigencia la Ley 106 de 1993, se reconoció en la Contraloría General de la República teniendo en cuenta el cargo desempeñado y las calidades personales del empleado. Excepcionalmente, el artículo 1o. letra d), del Decreto Ley 1624 de 1991 la prescribió para el Contralor General de la República, el Contralor Auxiliar, el Asistente del Contralor y el Secretario General de la Contraloría General de la República, sin más requisitos. Los empleados de la Contraloría General de la República que, al entrar en vigencia la Ley 106 de 1993, tenían derecho a percibir prima técnica, mantienen este derecho mientras permanezcan al servicio de la Contraloría General de la República y desempeñen los mismos cargos que sirvieron de fundamento para su reconocimiento. Si cambian de cargo no subsiste el derecho a percibir prima técnica. Según la Ley 106 de 1993 y el Decreto 76 de 1994, el Contralor General de la República

puede reconocer prima técnica a los empleados en los niveles directivo-asesor, ejecutivo y profesional que además reúnan los requisitos mínimos que al efecto prescriba; excepcionalmente también puede reconocer prima técnica, sin necesidad de acreditar el cumplimiento de requisitos mínimos, si en la fecha de expedición del Decreto 119 de 1988 los empleados desempeñaban cargos correspondientes a los mencionados niveles y tenían una antigüedad mínima de quince (15) años de servicios prestados a la Contraloría General de la República.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta de la Contraloría General de la República, en relación con la Ley 106 de diciembre 30 de 1993. Radicación No. 592.

Se absuelve la consulta que el señor Secretario General de la Presidencia de la República formula en los siguientes términos textuales:

"A solicitud del señor Contralor General de la Nación, y en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 237 de la Constitución Política, por conducto de la Secretaría Jurídica de la Presidencia, comedidamente me permito formular la siguiente consulta:

Por medio de la Ley 106 de diciembre 30 de 1993, se reestructuró la Contraloría General de la República en cuanto a su organización, funcionamiento, estructura orgánica, sistema de personal y desarrollo de la carrera administrativa especial.

Como quiera que las normas sobre implantación y desarrollo de la planta de personal están próximas a ser expedidas, se requiere una autorizada interpretación por esa alta Corporación, de algunos artículos de la referida Ley en cuanto a manejo de personal.

1. Con relación al contenido del artículo 109: "De las atribuciones de los funcionarios de la planta de personal", cuyo texto se transcribe a continuación, surgen algunas dudas respecto a su interpretación:

"Los funcionarios de la Contraloría General de la República continuarán ejerciendo las atribuciones a ellos asignadas hasta por un período de un (1) año contado a partir de la vigencia de la presente Ley; período en el cual se deberá implantar y desarrollar la planta de personal establecida en la presente Ley . . .".

Se quiere conocer si los funcionarios incorporados en la planta anterior, que no se encuentran actualmente en carrera administrativa, gozan de algún fuero para

permanecer en sus cargos en virtud de este artículo, por el período de un (1) año a partir de la vigencia de la ley, o lo que dice el artículo es que el Contralor tiene las facultades que le confiere la ley para llevar a cabo la reestructuración puede iniciar el proceso de reincorporación por un (1) año.

2. El artículo 122 de la Ley 106 de 1993, señala: "Son cargos de carrera administrativa todos los empleos de la Contraloría General de la Republica con excepción de los de libre nombramiento y remoción que enumeramos a continuación:

– Vicecontralor

– Secretario General

– Director General

– Jefe de Oficina

– Director Seccional

– Secretario Privado

– Asesor

– Jefe de Unidad

– Director

– Jefe de Unidad Seccional

– Rector

– Jefe de División

– Jefe de División Seccional

– Profesional Universitario Grados 13 y 12

– Vice-Rector

– Coordinador

– Secretario General Grado 12

– El personal que dependa directamente de los despachos del Contralor General, Vicecontralor, Secretario General, Secretario Administrativo y el Auditor General" (El subrayado es mío).

A pesar de que la redacción de este artículo es una copia textual del artículo 7o. del Decreto 937 de 1976 anterior estatuto de personal; por la imprecisión de su redacción podría generar problemas de intepretación. En consecuencia se pregunta: El personal que depende de los despachos que se han subrayado como las secretarias, mensajeros, auxiliares, asesores, asistentes, y demás funcionarios profesionales, administrativos y operativos deberán considerarse de libre nombramiento y remoción

o por el contrario son de carrera administrativa? O lo que quiere significar la norma es que los cargos de dirección y confianza que dependan de esos despachos de acuerdo con la estructura orgánica contenida en el artículo 30 de la citada Ley, son los de libre nombramiento y remoción?

3. Los funcionarios de la ContraloríaGeneral de la República en determinados niveles profesionaies tienen derecho a percibir una prima técnica hasta del 50% de su asignación básica mensual, creada por el Decreto 929 de 1976 y recogido por el Decreto 720 de 1978 y por los Decretos anuales de salarios. Gran parte de estos funcionarios tienen asignada una prima entre el 20% y el 50%. La prima técnica, para efectos de liquidación es factor de salario. Puesto que la Ley 106 de 1993 dejó un vacío con relación a la prima técnica asignada a los profesionales, se pregunta:

Los funcionarios que se incorporen a la nueva planta de personal continuarán con estos porcentajes de prima técnica?, la prima técnica debe considerarse un derecho adquirido?

Según la doctrina, la prima técnica no la lleva el funcionario consigo al ser trasladado de cargo, esta tiene que ser reasignada cuando se presente un cambio de cargo y en el porcentaje que de acuerdo a los requisitos que establecen las normas internas se puedan asignar.

La ley no previó homologación de cargos. Los funcionarios se incorporarán a la nueva planta sin ningún desmejoramiento salarial ni prestacional. Sin embargo, al tener esta planta unos cargos de remuneraciones superiores, de continuar con la prima técnica asignada el salario se incrementaría en un altísimo porcentaje. Preocupa a la Contraloría General no contar con los recursos suficientes para atender las primas técnicas asignadas en altos porcentajes. Por consiguiente se pregunta:

Al existir cambio de cargo el funcionario que tenía asignada prima técnica la perdería?

Si la conserva se le puede asignar un porcentaje inferior al que tenía sin desmejoramiento salarial?".

LA SALA CONSIDERA:

1o) Se pregunta, en primer término, sobre el alcance del artículo 109 de la Ley 106 de 1993.

El artículo 120 de la Ley 106 de 1993 creó la "Carrera Administrativa Especial de la Contraloría General de la República" y el artículo 122*ibídem* dispuso que "son cargos

de carrera administrativa todos los empleos" de la mencionada entidad, "con excepción de los de libre nombramiento y remoción" que menciona. Esta Ley, según su artículo 151, "rige a partir de la fecha de su promulgación".

El artículo 109 de la Ley 106 de 1993, que hace parte del capítulo V sobre el "sistema de personal de la Contraloría General de la República" y que versa sobre "las atribuciones de los funcionarios de la planta depersonal", dispone que "los funcionarios de la Contraloría General de la República continuarán ejerciendo las atribuciones a ellos asignadas hasta por un período de un (1) año contado a partir de la vigencia de la presente ley" y que durante él "se deberá implantar y desarrollar la planta de personal establecida en la presente ley".

No obstante la defectuosa redacción de la transcrita disposición, su finalidad consiste en señalar el plazo de un año, contado desde la fecha de promulgación de la Ley 106 de 1993, para "implantar y desarrollar la planta de personal" dispuesta por la misma ley, lapso durante el cual, con esa específica finalidad, debe continuar en ejercicio de sus funciones el personal vinculado anteriormente al servicio de la Contraloría General de la República. Esto sin perjuicio de la facultad de nombrar y remover libremente los cargos específicamente señalados por el artículo 122 de la Ley 106 de 1993.

2o) También se pregunta acerca del alcance del artículo 122, inciso final, de la Ley 106 de 1993.

Como se indicó en el punto anterior, el artículo 122 de la Ley 106 de 1993 determina específicamente los empleos que son de libre nombramiento y remoción en la Contraloría General de la República. Además, menciona como tal "el personal que dependa directamente de los despachos del Contralor General, Vicecontralor, Secretario General, Secretario Administrativo y el Auditor General".

Según el artículo 122 de la Ley 106 de 1993, por regla general, todos los empleos de la Contraloría General de la República son de carrera; por excepción, son de libre nombramiento y remoción los que la misma disposición determina especialmente. Las excepciones, por principio general de derecho, son de restrictiva interpretación.

En este orden de ideas, debe entenderse que el artículo 122, inciso final, de la Ley 106 de 1993 se refiere, según su sentido natural, **a los empleados subalternos, directamente dependientes de cualquiera de los funcionarios que menciona,** para definirlos como de libre nombramiento y remoción. La finalidad de la disposición consiste en hacer posible que el correspondiente Jefe superior del servicio, por tratarse de cargos de confianza, pueda proveer libremente los que le correspondan. Tal era también el significado del artrculo 7o., letra i), del Decreto-Ley 937 de 1976, que fue sustituido por el artículo 122, inciso final, de la Ley 106 de 1993.

3o) Se pregunta si los empleados que se incorporen a la nueva planta de personal tienen o no derecho a percibir la prima técnica que se les reconociera con fundamento en el Decreto-Ley 929 de 1971; o si al asumir los nuevos cargos perderían las que recibían o, si no las perdieren, podrían ser disminuidas, a condición de no desmejorar el salario que actualmente les corresponde.

Los artículos 46, 47, 48 y 49 del Decreto-Ley 720 de 1978 determinaron los requisitos y el procedimiento para el reconocimiento y pago de prima técnica. Las mencionadas disposiciones prescribieron que la prima técnica "sólo podrá ser asignada a aquellos funcionarios con especial preparación o experiencia, que desempeñen los cargos de Contralor Auxiliar, Asistente del Contralor General, Secretario General, Director General" y que quienes la percibían, cuando se expidió el mencionado Decreto, "continuarán disfrutándola mientras permanezcan en el mismo cargo y hasta la fecha de su retiro de la entidad".

Ei artículo 6o. del Decreto-Ley 0119 de 1988 dispuso que, "además de los funcionarios indicados en el artículo 46 del Decreto 720 de 1978 y en el artículo 6o. del Decreto 260 de 1982, el Contralor General de la República podrá asignar prima técnica a los funcionarios entre los grados 5 a 9 del nivel ejecutivo y los comprendidos entre los grados 4 y 5 del nivel profesional, siempre y cuando los titulares de los cargos reúnan los requisitos y condiciones establecidos en el correspondiente Decreto vigente". El parágrafo 1o. agregó que "el Contralor General podrá reconocer el derecho a devengar la prima técnica, sin sujeción a los requisitos establecidos, a los funcionarios que a la fecha de expedición del presente Decreto se encuentren desempeñando alguno de los cargos a que se refiere el presente artículo, siempre y cuando acrediten una antigüedad mínima de quince (15) años al servicio de esta entidad".

El artículo 1o., letra d), del Decreto-Ley 1624 de 1991 adicionó el Decreto-Ley 1061 del mismo año –que reconoció prima técnica a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del Tribunal Disciplinario "en atención a las calidades excepcionales que se exigen para el ejercicio de las funciones propias de esos empleos" para reconocer prima técnica, entre otros funcionarios, al Contralor General de la República, al Contralor Auxiliar, al Asistente del Contralor y al Secretario General, sin más requisitos.

De manera que, según lo expuesto, con excepción de los cargos últimamente mencionados (artículo 1o., letra d), del Decreto-Ley 1624 de 1991), en la Contraloría General de la República, antes de que entrara en vigencia la Ley 106 de 1993, la prima técnica se reconoció a determinados funcionarios siempre que reunieran los requisitos legales. Es decir que, con la excepción indicada, la prima técnica se reconocía en atención a las calidades del empleado.

El artículo 113 de la Ley 106 de 1993 prescribe que "los empleados públicos de la Contraloría General de la República tendrán derecho a disfrutar, además del régimen

prestacional establecido para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público a nivel nacional, de las prestaciones que vienen disfrutando en virtud de normas anteriores", entre las cuales menciona la prima técnica que, además, regula específicamente.

En consecuencia, la Sala considera necesario definir el régimen de la prima técnica con fundamento en la Ley 106 de 1993 y la situación actual de las prestaciones del mismo nombre que fueron reconocidas a determinados empleados antes de que entrara en vigencia, a saber:

a) El artículo 113, número 5, de la Ley 106 de 1993 dispone que "el Contralor General de la República podrá asignar, previo señalamiento de los requisitos mínimos que deberán cumplirse, prima técnica a los funcionarios que desempeñen los cargos comprendidos en los niveles directivo-asesor, nivel ejecutivo y los de nivel profesional" y que no puede exceder "el cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual fijada por la ley (sic) para el respectivo cargo".

Con fundamento en la transcrita disposición legal, el artículo 7o. del Decreto 76 de 10 de enero de 1994, expedido con base en la Ley 4a. de 1992, prescribe que "el Contralor General de la República podrá asignar prima técnica a los funcionarios que desempeñen los cargos comprendidos en los niveles directivo-asesor, ejecutivo y profesional, previo señalamiento de los requisitos mínimos para tal efecto". El parágrafo 1o. agrega que "el Contralor General de la República podrá reconocer el derecho a devengar prima técnica, sin sujeción a los requisitos establecidos, a los funcionarios que a la fecha de expedición del Decreto 119 de 1988 se encontraban desempeñando alguno de los cargos a que se refiere el presente artículo, siempre y cuando en tal fecha tuvieren (sic) una antigüedad mínima de quince (15) años de servicios en la entidad", y el parágrafo 2o. que la prima técnica no puede exceder el 50% de la asignación básica mensual fijada para el respectivo cargo.

De modo que, para lo sucesivo, en la Contraloría General de la República la prima técnica sólo puede ser reconocida a las personas que desempeñen cargos en los niveles señalados al efecto por la ley y el reglamento y que además reúnan los requisitos que determine el Contralor General de la República o que, cuando entró en vigencia el Decreto 0119 de 1988, tuvieran una antigüedad mínima de quince (15) años en la entidad.

b) Las personas a quienes, antes de entrar en vigencia la Ley 106 de 1993, la Contraloría General de la República les reconoció prima técnica, según el artículo 113 de la misma Ley, tienen derecho a percibirla, siempre que continúen al servicio de la mencionada entidad y en el mismo cargo: el derecho a gozar de prima técnica se reconoció en atención a las calidades del empleado y al cargo que desempeñaba. En el caso excepcional, regulado por el artículo 1o., letra d), del Decreto-Ley 1624 de 1991,

la Ley sólo tomó en consideración el cargo. Si el empleado no continúa en el mismo cargo no subsiste el derecho a percibir prima técnica.

CON FUNDAMENTO EN LO EXPUESTO LA SALA RESPONDE:

1o) El artículo 109 de la Ley 106 de 1993 confiere al Contralor General de la República el término de un año, desde la fecha de promulgación de la misma ley, para "implantar y desarrollar la planta de personal" de la mencionada entidad. Mientras se la reorganiza, en el lapso y en la forma indicados, los actuales empleados deben permanecer en sus cargos. Esto sin perjuicio de la facultad de nombrar y remover a los empleados específicamente señalados por el artículo 122 de la Ley 106 de 1993.

2o) El artículo 122, inciso final, de la Ley 106 de 1993, significa que los empleados subalternos, que por razón de sus funciones dependen directamente del Contralor General, del Vicecontralor, del Secretario General, del Secretario Administrativo y del Auditor General de la Contraloría General de la República, son de libre nombramiento y remoción por tener el carácter de funcionarios de confianza de sus inmediatos superiores.

3o) La prima técnica, antes de entrar en vigencia la Ley 106 de 1993, se reconoció en la Contraloría General de la República teniendo en cuenta el cargo desempeñado y las calidades personales del empleado. Excepcionalmente, el artículo 1o., letra d), del Decreto-Ley 1624 de 1991 la prescribió para el Contralor General de la República, el Contralor Auxiliar, el Asistente del Contralor y el Secretario General de la Contraloría General de la República, sin más requisitos.

4o) Los empleados de la Contraloría General de la República que, al entrar en vigencia la Ley 106 de 1993, tenían derecho a percibir prima técnica, mantienen este derecho mientras permanezcan al servicio de la Contraloría General de la República y desempeñen los mismos cargos que sirvieron de fundamento para su reconocimiento. Si cambian de cargo no subsiste el derecho a percibir prima técnica.

5o) Según la Ley 106 de 1993 y el Decreto 76 de 1994, el Contralor General de la República puede reconocer prima técnica a los empleados en los niveles directivo-asesor, ejecutivo y profesional que además reúnan los requisitos mínimos que al efecto prescriba; excepcionalmente también puede reconocer prima técnica, sin necesidad de acreditar el cumplimiento de requisitos mínimos, si en la fecha de expedición del Decreto 119 de 1988 los empleados desempeñaban cargos correspondientes a los mencionados niveles y tenían una antigüedad mínima de quince (15) años de servicios prestados a la Contraloría General de la República.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Autorizada su publicación el 25 de abril de 1994, mediante oficio No. 2262.

CONTRATO ADMINISTRATIVO–Prórroga/**LEY EN EL TIEMPO/TRANSITO DE LEGISLACION/PROMULGACION DE LA LEY/ ADICION DEL CONTRATO**–Régimen Aplicable

El art. 78 de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos en trámite, cuando estén en vigencia, se rigen por el Decreto 222 de 1983. Se trata de una disposición legal excepcional que prolonga la vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 a los contratos en proceso de celebración en la fecha en que entró en vigencia, no obstante que, ordinariamente, la nueva Ley regula los contratos en trámite que se perfeccionan después de su promulgación. Pero esta excepción también es de restrictiva interpretación: sólo se refiere a los contratos y no sus reformas o adiciones, los cuales se rigen por la Ley 80 de 1993. De lo expuesto se deduce que los contratos celebrados con base en el Decreto 222 de 1983 se rigen por este estatuto: pero las reformas o las adiciones a los mismos, en cuanto implican nuevos acuerdos de voluntades, se rigen por la Ley 80 de 1993.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Adiciones o prórrogas de contratos celebrados por las entidades estatales con anterioridad a la entrada en vigencia del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. Radicación No. 601.

El Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República ha formulado a la Sala la siguiente consulta previas las textuales consideraciones:

El Decreto 222 de 1983 establecía un límite en las adiciones en valor de los contratos a que se refería dicho estatuto. Dicho límite sin embargo, no se aplicaba a todos los contratos que celebren las entidades públicas.

Por su parte el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 dispone en su último inciso que "Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales. "Esta norma no hace distinción y por consiguiente, es aplicable a todos los contratos estatales.

Ahora bien, el artículo 78 de la Ley 80 de 1993 establece que "los contratos... en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momenlo de su celebración..." Algunas personas han señalado que dicha regla cobija a los contratos anteriores, tal y como fueron celebrados, pero que la misma no permite adicionar o modificar dichos contratos cuando la adición o modificación sea contraria a reglas de orden público de la nueva ley. En este sentido también se agrega que la adición implica un nuevo acuerdo de voluntades que como tal debe sujetarse a los límites impuestos por la ley vigente cuando se celebra.

Por lo anterior ha surgido la duda acerca de la viabilidad de adicionar en más de un cincuenta por ciento los contratos que se celebraron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, y que de acuerdo con la legislación anterior podían ser adicionados en su valor sin límite alguno.

En relación con este tema es importante agregar que numerosas entidades estatales celebraron contratos con sujeción al derecho común, en los cuales se establecen pagos periódicos y se prevé que tales contratos se prorrogarían por un lapso igual al inicial, si las partes no manifiestan su voluntad en sentido contrario. En algunos de estos casos la prórroga debe entenderse realizada en las mismas condiciones iniciales; en otros casos, por el contrario, durante la prórroga se aplicarán nuevas condiciones, las cuales a su turno pueden haber sido fijadas para el efecto, bien por el contrato, o bien por una parte que las debe comunicar a la otra con determinada antelación.

Por lo anterior se consulta:

1. Los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, que de acuerdo con la ley vigente cuando se celebraron podían ser adicionados en su valor sin limitación alguna, pueden ser adicionados sin sujeción a lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 80 de 1993?

2. Los contratos que se celebraron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 y en los cuales se previó que los mismos se prorrogarían

automáticamente en determinadas condiciones o en las que una de las partes comunicara a la otra con determinada antelación a su expiración, pueden válidamente prorrogarse bajo la vigencia de la Ley 80 de 1993, o dicha prórroga debe entenderse sujeta a las limitaciones de esta ley?

LA SALA CONSIDERA:

1) Según el artículo 78 de la Ley 80 de 1993 los contratos celebrados con anterioridad, "continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración". Esta disposición está en perfecta armonía con el artículo 38, inciso primero, de la Ley 153 de 1887, que prescribe que "en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración".

Las mencionadas disposiciones tienen por finalidad hacer prevalecer los pactos, convenios o contratos, celebrados bajo una determinada legislación, como si fueran leyes entre las partes (artículo 1602 del Código Civil). De manera que se trata de hacer prevalecer, ante la nueva legislación, los convenios o contratos anteriores.

2) El artículo 58 del Decreto-Ley 222 de 1983 contemplaba la posibilidad de modificar los contratos que regulaba en cuanto al plazo y al precio; pero a la vez prescribía que no podrán "pactarse prórrogas automáticas" (inciso 6o. ibídem). Además aunque la mencionada disposición se refería en su epígrafe a "los contratos adicionales", en realidad no regulaba las adiciones a los mismos sino su reforma en relación con el plazo y el precio. Las adiciones, por lo mismo, debían ser objeto de nuevos contratos.

La misma disposición, teniendo en cuenta que la reforma de los contratos implicaba un nuevo acuerdo de voluntades, que debía completar el contrato, disponía que para efectuarla se debía suscribir "un contrato adicional" que en realidad era una reforma del original. De donde se infiere que la reforma del contrato, que autorizaba el artículo 58 del Decreto-Ley 222 de 1983, necesariamente implicaba un nuevo acuerdo de voluntades, diferente del contrato original.

Solamente los contratos de las entidades públicas, como los de las empresas industriales y comerciales y de las asimiladas a ellas, cuando no se regían por el Decreto 222 de 1983 sina por el derecho privado, podían estipular prórrogas automáticas.

3) Si el tránsito de legislación implica que los contratos ya celebrados y en vigor se rigen por las correspondientes cláusulas contractuales y **"las Leyes vigentes al tiempo de su celebración"** (la Sala destaca), las reformas o adiciones a esos mismos contratos, en cuanto implican nuevos acuerdos de voluntades, no se rigen por los artículos 38 de la Ley 153 de 1887 y 78 de la Ley 80 de 1993, sino por la nueva legislación: si la ley garantiza los convenios o contratos celebrados, para que se rijan por la ley

vigente en la fecha de su perfeccionamiento, los nuevos convenios, adiciones reformas o prórrogas de los mismos, no están comprendidos por este tratamiento de excepción y se rigen por la nueva legislación. La mejor prueba de ello consiste en verificar que las prórrogas, reformas o adiciones de los contratos se pueden convenir o no, sin que ellos pierdan su propia entidad; lo que permite concluir que las reformas y adiciones son sobrevinientes o posteriores al contrato original.

Además, el principio general consiste en que la Ley, desde su promulgación, rige los contratos o convenios futuros y, sólo excepcionalmente, los ya celebrados se regulan por la legislación vigente al tiempo de su celebración. Se trata, en consecuencia, de una excepción que es, por principio general de derecho, de restrictiva interpretación.

4) A lo anterior se agrega que si las situaciones jurídicas particulares, constituidas en favor de determinadas personas, deben ser respetadas y no pueden ser desconocidas por la legislación posterior, como son las que se derivan de los contratos vigentes, ello no sucede con **sus posibles** prórrogas, reformas o adiciones que, como meras probabilidades jurídicas, pueden realizarse o no para modificar o adicionar las situaciones jurídicas individuales constituidas por el contrato. En otros términos, éstas provienen del contrato y su modificación o adición requiere un acto jurídico posterior que debe celebrarse con fundamento en la nueva legislación. La ley protege a aquéllas y no a éstas. Lo contrario implicaría afirmar y admitir que existe derecho adquirido a la legislación, no para proteger las situaciones jurídicas constituidas en favor de determinadas personas, como son los contratantes, sino para modificarlas o adicionarlas.

5~ En fin el artículo 78 de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos en trámite, cuando estén en vigencia, se rigen por el Decreto-Ley 222 de 1983. Se trata de una disposición legal excepcional que prolonga la vigencia del Decreto-Ley 222 de 1983 a los contratos en proceso de celebración en la fecha en que entró en vigencia, no obstante que, ordinariamente, la nueva ley regula los contratos en trámite que se perfeccionan después de su promulgación. Pero esta excepción también es de restrictiva interpretación; sólo se refiere a los contratos y no a sus reformas o adiciones, las cuales se rigen por la Ley 80 de 1993.

De lo expuesto se deduce que los contratos celebrados con base en el Decreto-Ley 222 de 1983 se rigen por este estatuto; pero las reformas o las adiciones a los mismos, en cuanto implican nuevos acuerdos de voluntades, se rigen por la Ley 80 de 1993.

Con fundamento en lo expuesto se responde:

1.– El artículo 58 del Decreto-Ley 222 de 1983 prohibía la prórroga automática de los contratos. Contemplaba la posibilidad de modificación de los mismos en cuanto al precio y a su duración, mediante acuerdo entre las partes contratantes.

2.– Los contratos celebrados durante la vigencia del Decreto-Ley 222 de 1983, según los artículos 38 de la Ley 153 de 1887 y 78 de la Ley 80 de 1993, se rigen por sus propias estipulaciones y por el mencionado Decreto.

3. - La modificación, en cuanto al plazo o el precio, y la adición de los contratos celebrados durante la vigencia del Decreto-Ley 222 de 1983, deben efectuarse con fundamento en la Ley 80 de 1993. Se trata de nuevos acuerdos de voluntades que deben celebrarse con fundamento en la nueva legislación.

Transcríbase en sendas copias auténticas a los señores Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 19 de mayo de 1994, mediante oficio No. 2762.

CONTRATO ADICIONAL/CONTRATO ADMINISTRATIVO-Prórroga-(Salvamento de Voto)

Los contratos estatales formalizados bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983, en la época de su celebración, pueden ser adicionados de la manera como estaba previsto en dicho decreto, vale decir, "sin exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional": salvo aquellos contratos para los que excepcionalmente no se hubiese establecido un límite los que podrán adicionarse en su valor sin ceñirse a esta última prescripción. La prórroga automática se hallaba prohibida de manera expresa por el artículo 58 del Decreto 222 de 1983, motivo por el cual la cláusula en que se hubiese estipulado ésta, no tiene validez jurídica. La adición de cualquier contrato, tanto en la legislación anterior como en la vigente en las materias que ella es permitida debe ser consecuencia de un acuerdo de voluntades entre la administración y el contratista.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Salvamento de Voto del *Doctor Roberto Suárez Franco.*

Radicación No. 601.

Con el debido respeto me aparto del sentir mayoritario de la Sala por lo siguiente:

I.- ANTECEDENTES.

1.- El artículo 83 de la Constitución Politica consagra que "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe; la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

2.- El artículo 58 del Decreto-Ley 222 de 1983 establecía en relación con los "contratos adicionales" lo siguiente: "Salvo lo dispuesto en el título IV, cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios prevista en este estatuto, se suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional".

"..."

El inciso 4o. *ibídem* dispuso: "Los contratos de interventoría, administrativa delegada y consultoría previstos en este estatuto, podrán adicionarse sin el límite fijado en el presente artículo".

"..."

El último inciso, preceptuaba: En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, **ni pactarse prórrogas automáticas"** (destaca la Sala).

Finalmente, en el parágrafo del mismo artículo 58 se consagró como excepción a la normatividad prevista en el artículo, "los contratos de empréstitos", distintos a los créditos de proveedores.

3.- La Ley 80 de 1993, contentiva del nuevo Estatuto General de la Administración Pública, se refiere en su artículo 40, al "Contenido del Contrato Estatal"; en el inciso 2o. del parágrafo, prescribe: "Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales".

4.- El artículo 27 de la Ley 80 agrega que "en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar según el caso".

5.- El artículo 78 *ibídem* estatuye: "los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación".

6.– Por último, el artículo 27 del Decreto 679 de 1994 dispone: "Los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencla de la Ley 80 de 1993 se continuarán rigiendo por las normas vigentes en la fecha de su celebración".

7.– Por otra parte, el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 contiene un principio general sobre contratación según el cual "En todo contrato se entenderán incorporadas las Leyes vigentes al tiempo de su celebración".

II.– CONSIDERACIONES.

1.– Se ha entendido por contrato administrativo el "acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones admlnistrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado para satisfacer finalidades públicas (Derecho Adminlstrativo, Miguel S. Marienhof. Editorial Albaladejo Perrot. Buenos Aires 1983. Tomo I I I A pág. 34). En nuestro derecho en este tipo de actuaciones se presume la buena fe de las partes.

2.– Conforme a nuestra legislación actual, en todo contrato se entienden incorporadas las Leyes vigentes al tiempo de su celebración. Además se ha considerado a esta relación contractual como una ley para las partes.

3.– Específicamente para los contratos administrativos, la Ley 80 de 1993 dispone que "todos los contratos estatales deben ejecutarse de conformidad con las estipulaciones contractuales y a las disposiciones contenidas en dicha Ley. En ellos se debe mantener la igualdad o equivalencia a contratar" (art. 27).

4.– A este respecto el Decreto 222 de 1983 establecía que perfeccionado un contrato debía ejecutarse de conformidad con las estipulaciones contractuales y las disposiciones previstas en dicho contrato.

5.– Por lo demás, debe dejarse establecido que un contrato administrativo sólo podía adicionarse mediante un nuevo acuerdo de voluntades, y sobre materias tales como el plazo o el valor: pero en ningún caso era legalmente posible modificar su objeto. En efecto, en la legislación anterior, según el artículo 58 del Decreto 222 de 1983, los contratos podían adicionarse modificando el plazo o cambiando su valor, pero, desde luego, salvo las excepciones previstas en el mismo decreto; en cuanto a la modificación del valor esta no debía exceder "la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más los reajustes".

6.– Lo anterior quería decir que los contratos celebrados conforme al Decreto 222 de 1983 sólo se podían modificar en dos aspectos: en el término de duración y en su valor; pero en uno y otro caso manteniéndose el resto del contrato, particularmente el objeto convenido.

En un mismo orden de ideas, quienes celebraron contratos bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983 quedaron sometidos a dos ordenamientos: el legal que regía para el régimen contractual y el de las cláusulas incluidas en el contrato desde luego acordes con la ley.

7.– Dentro del ordenamiento jurídico relativo al régimen de contratación anterior a la Ley 80 de 1993, se encontraba el artículo 58 del Decreto 222 el cual, como se expresó, permitía la adición de los contratos en las materias previstas en tal disposición a través de un acuerdo de voluntades, el cual solo podía seguirse cuando la entidad estatal y el contratista se ponían de acuerdo sobre la necesidad de la prórroga o el cambio del valor fijado conforme en el inciso primero del mismo artículo 58 citado. Mal podían preveer entonces quienes contrataron con fundamento en el Decreto 222 de 1983 que una normatividad posterior pudiese cambiarles el "estatus jurídico" dentro del cual celebró el contrato mas si se tiene en cuenta que lo hicieron bajo la observancia del principio fundamental de la seguridad jurídica.

Esta apreciación se corrobora con el artículo 78 de la Ley 80 de 1993 según el cual "los contratos" en curso "a la fecha en que entre a regir la presente ley, **continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación**" (se destaca). Esto es ratificado por el artículo 27 del Decreto 679 reglamentario del estatuto contractual.

8.– A partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, aunque la facultad de adicionar los contratos se conserva, ella se reduce con exclusividad a su valor, fijándole como límite el 50% del mismo.

9.– En resumen, se tiene entonces que tanto en la legislación anterior como en la vigente, a la adición de los contratos solo puede procederse mediante un acuerdo de voluntades entre los contratantes: la administración y el particular; esta adición, en el sistema anterior podía recaer sobre el plazo o el valor convenido salvo las excepciones previstas en la misma ley y con el límite señalado. De acuerdo con el estatuto vigente los contratos administrativos solo pueden adicionarse en su valor hasta en un 50%.

Por otra parte, el inciso 6o. del artículo 58 del Decreto 222 de 1983 prohibió de manera perentoria reformar los contratos en cuanto a la prórroga del plazo vencido así como acordar "prórrogas automáticas".

Como consecuencia de lo anterlor se tiene que la adición de los contratos administrativos celebrados con anterioridad a la Ley 80 de 1993 debe ceñirse a las estipulaciones convenidas en ellos siempre y cuando se hubiesen celebrado de acuerdo a la normatividad prevista por el Decreto 222 de 1983 y las demás disposiciones concordantes y de consiguiente su adición debe cenirse a este último ordenamiento.

En un mismo orden de ideas, si se hubiese estipulado una prórroga automática en contratos celebrados con fundamento en el Decreto 222 citado no podía hacerse uso de ella por cuanto expresamente se hallaba prohibida por el artículo 58, inciso 6o. del decreto citado.

Con fundamento en todo lo anterior considero personalmente que:

1) Los contratos estatales formalizados bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983, en la época de su celebración, pueden ser adicionados de la manera como estaba previsto en dicho decreto, vale decir, "sin exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional"; salvo aquellos contratos para los que excepcionalmente no se hubiese establecido un límite los que podrán adicionarse en su valor sin ceñirse a esta última prescripción.

2) La prórroga automática se hallaba prohibida de manera expresa por el artículo 58 del Decreto 222 de 1983, motivo por el cual la cláusula en que se hubiese estipulado ésta, no tiene validez jurídica.

3) La adición de cualquier contrato, tanto en la legislación anterior como en la vigente en las materias que ella es permitida debe ser consecuencia de un acuerdo de voluntades entre la administración y el contratista.

Atentamente,

Roberto Suárez Franco.

CONGRESISTA–Inhabilidades/**CONGRESISTA**–Incompatibilidades/**SERVIDOR PUBLICO/SANCION DISCIPLINARIA/DESTITUCION/ FUNCION PUBLICA**

Una es la inhabilidad para el desempeño de funciones públicas, impuesta al empleado que estuvo vinculado a la rama ejecutiva y que es consecuencia del mandato contenido en el art. 17 de la Ley 13 de 1984, inhabilidad que hoy en día comprende los cargos pertenecientes a las ramas ejecutiva y judicial, así como a los órganos de control y a la organización electoral del Estado. Y otro es el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que para los aspirantes a ser elegidos congresistas y para los miembros del Congreso, respectivamente, señala la nueva Constitución Politica de Colombia. Sin perjuicio de que aquella primera clase de inhabilidad pueda influir en esta última, en el caso específico de que se presenta la ocasión para el congresista de desempeñar, previa renuncia a su investidura, uno cualquiera de los cargos públicos a que se refiere el mencionado artículo 179-8 de la Constitución. Al decretar el Gobierno Nacional la destitución de un empleado que fue servidor suyo y que actualmente es miembro del Congreso de la República, en cumplimiento de una decisión de la Procuraduría General de la Nación, no puede proceder a establecer la inhabilidad prevista en el artículo 17 de la Ley 13 de 1984, por cuanto de esta disposición emana una atribución-deber que debió ejercer en su oportunidad el mencionado órgano de control. En la hipótesis planteada la obligación del Gobierno se circunscribe a ejecutar la sanción impuesta por la Procuraduría.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre aplicación de sanciones disciplinarias a empleados públicos que después fueron elegidos miembros del Congreso de la República. Radicación No. 595.

El señor Subdirector del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, encargado de las funciones del Director del Departamento, doctor César Negret Mosquera, formula a la Sala la consulta que textualmente redacta en los términos siguientes:

> De conformidad con el artículo 17 de la Ley 13 de 1984, la sanción de destitución acarrea la inhabilidad para el desempeño de funciones públicas de uno a cinco años, la que debe ser decretada en la misma providencia que determine la separación del cargo.
>
> Ahora bien, en ejercicio de sus facultades constitucionales y como consecuencia de investigaciones disciplinarias, la Procuraduría General de la Nación ha solicitado al Gobierno decretar la destitución de servidores públicos que actualmente son miembros del H. Congreso de la República y que adicionalmente han sido reelegidos para el período que se inicia el 20 de julio del presente año.
>
> Ahora bien, en la medida en que las causales de inhabilidad de los congresistas están previstas en la Carta Política, ha surgido la duda de si el Gobierno Nacional, al decretar la destitución, debe establecer la inhabilidad prevista en el artículo 17 de la Ley 13 de 1984 o si, por el contrario, debe abstenerse de hacerlo, en la medida en que respecto de congresistas sólo operan las causales de inhabilidad previstas en la Carta Política.
>
> Por lo anterior se consulta:
>
> 1. Al decretar una destitución en cumplimiento de una decisión de la Procuraduría General, respecto de una persona que actualmente es miembro del Congreso de la República y que además fue reelegido, debe el Gobierno establecer la inhabilidad prevista por el artículo 17 de la Ley 13 de 1984?
>
> 2. Por el contrario, en la medida en que las causales de inhabilidad de los congresistas se encuentran previstas en la Constitución Política, debe el Gobierno abstenerse de establecer dicha inhabilidad?
>
> 3. Finalmente, debe el Gobierno establecer la inhabilidad precisando que la misma no opera en los casos en que las normas constitucionales establecen un régimen especial de inhabilidades ?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1. Observación preliminar. Debido a que la consulta no ofrece suficiente claridad por la forma como está redactada, la Sala deduce que ella se refiere a investigaciones adelantadas por la Procuraduría General de la Nación contra personas naturales que cuando tenían la calidad de empleados públicos incurrieron en faltas disciplinarias, que luego dejaron de ser empleados al servicio del Gobierno y que en la actualidad ostentan la investidura de miembros del Congreso de la República.

Terminada la investigación correspondiente por la Procuraduría, este órgano de control solicita al Gobierno Nacional que proceda a decretar la destitución –se entiende que en abstracto– de empleados que ejercían cargos al servicio del Gobierno cuando incurrieron en irregularidades y que, en el intervalo entre la iniciación de la investigación y la solicitud de destitución, fueron elegidos miembros del H. Congreso.

Como el artículo 17 de la Ley 13 de 1984, dispone que la sanción de destitución acarrea también la inhabilidad para el desempeño de cargos públicos de uno a cinco años, el consultante pregunta si es legalmente válido para el Gobierno el proceder a establecer dicha inhabilidad en tratándose de personas que actualmente ostentan la investidura de congresistas "y que adicionalmente han sido reelegidos para el período que se inicia el 20 de julio del presente año", respecto de las cuales su régimen de inhabilidades, que está previsto de manera taxativa en la Carta Política, no contempla la causal consistente en haber sido sancionado disciplinariamente; o si, por el contrario, el Gobierno debe abstenerse de establecer dicha inhabilidad, o si debe establecerla precisando que la misma no opera en los casos en que las normas constitucionales determinan un régimen especial de inhabilidades.

2. Régimen disciplinario. Según la Ley 13 de 1984, que inicialmente dictó normas reguladoras de la administración del personal civil y demás servidores que prestan sus servicios en la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo nacional (luego se hizo extensiva a los órdenes departamental y municipal), señaló como objetivos del régimen disciplinario los siguientes: Asegurar a la sociedad y a la administración pública, no solamente la eficiencia en la prestación de los servicios a cargo del Estado, sino también la moralidad, la responsabilidad y la conducta correcta de los funcionarios públicos, y a éstos los derechos y las garantías que les corresponden como tales.

Tras definir las características del proceso disciplinario y regular su tramitación, la Ley 13 de 1984 estableció la siguiente inhabilidad para desempeñar cargos públicos:

> ART. 17. La sanción de destitución acarrea la inhabilidad para el desempeño de funciones públicas de uno a cinco años, la que será decretada en la misma providencia que determine la separación del cargo.

3. Inhabilidades de los congresistas. En la Constitución anterior, se determinaban expresa y taxativamente las causales de inhabilidad de los congresistas, pero las de incompatibilidad estaban establecidas no solamente en la ley suprema sino también en la ley ordinaria (Constitución de 1886, artículos 108 a 112 y Leyes 96 de 1920, 5a. de 1929, 77 de 1931 y 11 de 1973).

La Carta Politica de 1991, por el contrario, regula íntegramente la materia relacionada con inhabilidades e incompatibilidades de los miembros del Congreso, en sus artículos 179 a 182 y en los dos artículos siguientes introduce como novedad la figura jurídica de pérdida de investidura de los congresistas, la que se produce también por causales predeterminadas, entre las cuales se incluye lo concerniente a la "violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades".

Siendo las inhabilidades para ser elegido congresista, taxativas y además de restringida interpretación, ciertamente entre las mismas no ha sido incluida por el constituyente la causal surgida de la imposición de sanciones de naturaleza disciplinaria, ni siquiera de la más drástica de todas: la destitución de un cargo público, decretada por el funcionario competente con arreglo a la ley.

Con todo, la Ley 13 de 1984 y la causal de inhabilidad para desempeñar cargos públicos dispuesta en su artículo 17 son predicables respecto del personal civil y demás servidores vinculados –o que han estado vinculados– a la rama ejecutiva del poder público. De manera que si uno de dichos servidores, como consecuencia de la respectiva investigación, se hace acreedor a la sanción disciplinaria consistente en destitución, habrá de imponérsele coetáneamente –en la misma providencia– la inhabilidad para el desempeño de funciones públicas de uno a cinco años.

En el caso materia de la consulta, la Procuraduría General de la Nación tenía esas atribuciones cuando tras cerrar la investigación disciplinaria, decidió sancionar con destitución a empleados que actualmente disponen de curul en el Congreso de la República.

Pero si aquél órgano estatal omitió dar cumplimiento al mandato legal, no puede ahora el Gobierno Nacional, que es el encargado de dar cumplimiento a la sanción disciplinaria de destitución impuesta por la Procuraduría, a su turno proceder a establecer la sanción adicional de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas. Aquel deber era de incumbencia de la Procuraduría –independientemente del rumbo que con posterioridad a la comisión de la falta haya seguido la persona sancionada– y se agotó al adquirir firmeza la providencia respectiva.

Restaría agregar que entre las causales constitucionales de inhabilidad de los congresistas se encuentra la consistente en que no podrán ser elegidos "para una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente" (Constitución de 1991, art.179,

numeral 8). De este modo, una persona que ostenta la calidad de congresista podría presentar la renuncia a su investidura con el propósito, por ejemplo, de aspirar a ser elegido Gobernador o Alcalde; en este caso sería relevante el impedimento si sobre el congresista estuviera vigente la sanción de inhabilidad para el desempeño de funciones públicas, impuesta por el funcionario competente en ejercicio del deber que le asigna el artículo 17 de la Ley 13 de 1984.

Se concluye entonces que una es la inhabilidad para el desempeño de funciones públicas, impuesta al empleado que estuvo vinculado a la rama ejecutiva y que es consecuencia del mandato contenido en el artículo 17 de la Ley 13 de 1984, inhabilidad que hoy en día comprende los cargos pertenecientes a las ramas ejecutiva y judicial, así como a los órganos de control y a la organización electoral del Estado. Y otro es el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que para los aspirantes a ser elegidos congresistas y para los miembros del Congreso, respectivamente, señala la nueva Constitución Política de Colombia. Sin perjuicio de que aquella primera clase de inhabilidad pueda influir en esta última, en el caso específico de que se presente la ocasión para el congresista de desempeñar, previa renuncia a su investidura, uno cualquiera de los cargos públicos a que se refiere el mencionado artículo 179-8 de la Constitución.

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala responde:

Al decretar el Gobierno Nacional la destitución de un empleado que fue servidor suyo y que actualmente es miembro del Congreso de la República, en cumplimiento de una decisión de la Procuraduría General de la Nación, no puede proceder a establecer la inhabilidad prevista en el artículo 17 de la Ley 13 de 1984, por cuanto de esta disposición emana una atribución-deber que debió ejercer en su oportunidad el mencionado órgano de control.

En la hipótesis planteada, la obligación del Gobierno se circunscribe a ejecutar la sanción impuesta por la Procuraduría.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y al Secretario Jurídico de la misma Presidencia (C.C.A., art.112).

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 19 de mayo de 1994, mediante oficio No. 2761 Bis.

CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION/CADUCIDAD POR CAUSA DE MUERTE/CONTRATO ADMINISTRATIVO–Modificación/**CESION DEL CONTRATO–**Improcedencia

Aunque el Consejo Nacional de Televisión lo considera conveniente, el Director Ejecutivo de INRAVISION no puede suscribir adición del contrato No. 002166 con el Señor Germán García y García para estipular que, cuando fallezca, el contrato pueda continuar con sus sucesores. Como en el contrato está previsto que la muerte del contratista es causal de caducidad del contrato, ello significa que se estipuló que no puede continuar con sus sucesores. Esta cláusula, obviamente es inmodificable. Los contratos llamados a perfeccionar son los adjudicados, celebrados y modificados, conforme a la competencia atribuida por la Ley a las entidades contratantes, y a los procedimientos prescritos para su celebración y modificación. Por tanto no cabe prever perfeccionamiento respecto de la modificación de un contrato que no puede convenir la entidad contratante, aprobar ninguna autoridad ni declararla ajustada a la Ley la Sala competente del Consejo de Estado.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta del Ministro de Comunicaciones sobre: quién tiene la representación de un consorcio, cuando los miembros del mismo presentan independientemente solicitudes al Consejo Nacional de Televisión para la aprobación o cambio de programas en espacios adjudicados al consorcio. Radicación No. 346.

En oficio No. 53 del 26 de enero de 1990, el Señor Ministro de Comunicaciones envió a la Sala la siguiente consulta:

"1. ANTECEDENTES

1. De conformidad con el literal G del artículo 25 del Decreto-Ley 222 de 1983 y artículos 253 y 256 del Decreto-Ley 01 de 1984 y la Ley 92 de 1985, en fallo del 26 de junio de **1957,** radicación número 101, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado declaró ajustado a la ley el contrato de concesión de espacios de televisión celebrado entre INRAVISION y el señor GERMAN GARCIA Y GARCIA.

2. En el contrato de concesión de espacios No. 2166 del 7 de mayo de 1987 celebrado entre INRAVISION y GERMAN GARCIA Y GARCIA por valor de $408.245.760.oo no se estipuló que el contrato pudiera continuar con los sucesores del señor GERMAN GARCIA Y GARCIA.

Por otro lado en la cláusula decima cuarta del mismo se dispuso lo siguiente "'CESION DE DERECHOS: los derechos que confiere el presente contrato de concesión de espacios de televisión, no podrán en ningún caso cederse o transferirse'.

3. El 17 de enero de 1990, el Concesionario GERMAN GARCIA Y GARCIA pidió al Director Ejecutivo de INRAVISION que se incluya en el contrato de concesión No. 002166 celebrado entre INRAVISION y GERMAN GARCIA Y GARCIA la precisión de que el contrato pueda continuar con sus sucesores, lo cual, 'obviamente implicaría también la modificación de la cláusula que prohibe la transmisión de derechos en el sentido de permitirlo, únicamente, por causa de muerte'.

4. El artículo 62 del literal a) del Decreto-Ley 222 de 1983 establece como causal de caducidad 'la muerte del contratista, si no se ha previsto que el contrato pueda continuar con sus sucesores'.

5. El artículo 58 del Decreto-Ley 222 de 1983 prevé la celebración de contratos adicionales cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios prevista en dicho estatuto o de la modificación unilateral de que trata el título IV del mismo decreto.

6. En virtud de lo dispuesto en el artículo 13 literales a) y b) la Ley 42 de 1985, el Consejo Nacional de Televisión tiene las siguientes funciones:

'a) Formular la política general de la entidad de acuerdo con sus fines.

'b) Adjudicar los espacios de televisión con el lleno de los requisitos legales...'.

"II. CONSULTA

Previas las anteriores precisiones, se consulta:

a) Si el Consejo Nacional de Televisión lo considera conveniente, puede el Director Ejecutivo de INRAVISION suscribir con el señor GERMAN GARCIA Y GARCIA un 'Otrosí' al contrato No. 002166 para incluirle una cláusula adicional que permita que dicho contrato pueda continuar con los sucesores del señor GERMAN GARCIA Y GARCIA en caso de muerte del contratista?

b) La anterior estipulación adicional implicaría una modificación a la cláusula decimocuarta del mismo que prohibió la cesión o transferencia de los derechos del contrato de concesión?

c) Para perfeccionar dicha modificación al contrato se requiere aprobación del Consejo de Ministros, revisión Consejo de Estado y publicación en el Diario Oficial?

CONSIDERACIONES

Si no se ha previsto que el contrato pueda continuar con los sucesores del contratista, en el contrato debe figurar como causal de caducidad la muerte de aquél y si no figura se entiende pactado al tenor de los artículos 62 y 65 del Decreto-Ley 222 de 1983.

No estando prevista la continuación del contrato con los sucesores del contratista y estipulada, la caducidad por su muerte, el régimen del contrato obliga a declararla, cuando se presente tal causal, con los efectos establecidos en la respectiva cláusula (artículo 63 y 64 *ibídem*).

Estipulada así, con carácter obligatorio, la caducidad y señalados en la cláusula respectiva los motivos que dan lugar a su declaratoria, mal puede ser objeto de modificación por acuerdo de las partes, pues, una vez pactados y establecidos los efectos que aquella produce, sólo procede declararla, y cuando se haya ejecutoriado la respectiva providencia, liquidar el contrato (Artículo 287 del Decreto-Ley 222 de 1983).

Con la declaratoria de la caducidad por muerte del contratista, pactada en el contrato, puede originarse, a su vez, la obligación de la entidad contratante de iniciar la tramitación para celebrar un nuevo contrato con la persona que proponga mejores condiciones. Luego esa obligación no podría tener cumplimiento si se modificara la cláusula de caducidad en el sentido de que al sobrevenir la muerte del contratista el contrato pueda continuar con los sucesores. Tampoco resulta posible modificar adicionalmente la prohibición de ceder el contrato celebrado, si no se previó como modificable en los pliegos de condiciones, porque lo prohíbe el artículo 21, parágrafo 2o.

del Decreto 222 de 1983. Y mal pudo preverse tal modificabilidad para el caso consultado, frente a lo dispuesto por el artículo 209 del decreto en cita. De otra parte, la autorización previa para que el contrato pueda cederse, cuando así sea viable pactarlo, no implica modificación sino condicionamiento de tal posibilidad a la voluntad de la entidad contratante (artículo 6o. *ibídem*).

La cesión, por demás, supone actuación de la voluntad del contratista sobre transferencia de los derechos derivados del contrato; mientras que la transmisión de los mismos, por causa de muerte, a sus sucesores, sólo opera en caso de haber sido prevista con el contratista en el momento de la celebración del contrato. Si lo que se previó fue la caducidad, tal previsión determina los efectos ya vistos y la inalterabilidad de los mismos por voluntad del contratista.

De donde se concluye, para el caso consultado, que la modificación determinante no sería la de la cláusula decimacuarta del contrato, sino la de la cláusula sobre caducidad, que incluyó la muerte del contratista como causal de aquella. Y como dicha cláusula por su naturaleza obligatoria no puede ser objeto de modificación, la solicitud que la implica resulta inconducente y la entidad contratante no puede, en consecuencia, acceder a modificarla.

Ante estas consideraciones la Sala concreta así su respuesta a la consulta formulada:

a) Aunque el Consejo Nacional de Televisión lo considere conveniente, el Director Ejecutivo de INRAVISION no puede suscribir adición del contrato No. 002166 con el señor Germán García y García para estipular que, cuando fallezca, el contrato pueda continuar con sus sucesores.

b) Como en el contrato está previsto que la muerte del contratista es causal de caducidad del contrato, ello significa que se estipuló que no puede continuar con sus sucesores. Esta cláusula, obviamente es inmodificable.

c) Los contratos llamados a perfeccionarse son los adjudicados, celebrados y modificados, conforme a la competencia atribuida por la Ley a las entidades contratantes, y a los procedimientos prescritos para su celebración y modificación. Por tanto no cabe prever perfeccionamiento respecto de la modificación de un contrato que no puede convenir la entidad contratante, aprobar ninguna autoridad ni declararla ajustada a la ley la Sala competente del Consejo de Estado.

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

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Levantada la reserva el 24 de mayo de 1994, de conformidad con el artículo 110 del C.C.A.

DISTRITO CAPITAL–Régimen Disciplinario/**EMPLEADO PUBLICO DEL DISTRITO CAPITAL**–Régimen Disciplinario/**EMPLEADO OFICIAL**–Régimen Aplicable/**LEY EN EL TIEMPO/LEY PROCESAL**–Aplicación/**PERSONERO DISTRITAL**–Régimen Aplicable/**TRABAJADOR OFICIAL DEL DISTRITO CAPITAL**–Régimen Disciplinario/**REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO**–Aplicación

El Decreto-Ley 1421 de 1993 derogó expresamente el Decreto-Ley 3133 de 1968. Los acuerdos 10 de 1971 y 12 de 1987 y los Decretos 991 de 1974 y 088 de 1989, sólo se pueden considerar reformados en los aspectos que sean contrarios al Decreto-Ley 1421 de 1993 y en lo pertinente a la Ley 27 de 1992. De este modo, las disposiciones vigentes sobre régimen disciplinario para los empleados públicos del Distrito Capital y de sus entidades descentralizadas, a que se refiere el artículo 130 del citado Decreto-Ley 1421 de 1993, son la Ley 13 de 1984, su Decreto reglamentario 482 de 1985, y las demás normas legales que la modifiquen o complementen. El procedimiento disciplinario previsto en el artículo 133 del Decreto-Ley 1421 de 1993 debe ser aplicado en las investigaciones adelantadas por la Administración del Distrito Capital y por la Personería Distrital. El régimen disciplinario previsto en el Decreto-Ley 1421 de 1993 es aplicable únicamente a los empleados públicos del Distrito Capital y de sus entidades descentralizadas; por lo mismo, a él no están sometidos los trabajadores oficiales de esta entidad territorial. Ello significa que el régimen disciplinario aplicable a los trabajadores es el previsto en las disposiciones constitucionales y legales vigentes y en los reglamentos internos de trabajo. Las convenciones colectivas de trabajo, que pueden suscribir los trabajadores oficiales no están en posibilidad jurídica de regular el régimen disciplinario. Al entrar en vigencia el Decreto-Ley 1421 de 1993, según el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, las reglas de procedimiento del

régimen disciplinario establecido por él, debieron de aplicarse de inmediato a los procesos que se estaban adelantando, por ser disposiciones de orden público. Pero de acuerdo con la misma disposición, "los términos que hubiesen empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieran iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación". Los empleados públicos de la Personería Distrital son empleados distritales que se rigen por las normas del Decreto-Ley 1421 de 1993. A pesar de que el Personero Distrital cumple funciones de Ministerio Público, orgánicamente no pertenece a la Procuraduría General de la Nación; por este motivo no está sometido a las disposiciones aplicables a los funcionarios de esa entidad.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta sobre régimen disciplinario aplicable a los funcionarios del Distrito Capital. Radicación No. 589.

El señor Ministro de Gobierno ha formulado a la Sala la siguiente consulta que textualmente dice:

El Ministerio de Gobierno, a solicitud del Personero de Santafé de Bogotá, D.C., desea conocer el criterio de esa honorable Sala en lo relacionado con el régimen disciplinario aplicable a los funcionarios del Distrito Capital.

Por medio del Decreto-Ley 3133 de 1968, se dispuso:

"Artículo 13. Además de las atribuciones conferidas por la Constitución y las leyes a los concejos municipales y en especial al de Bogotá, éste tendrá las siguientes:

"... 12. Dictar, a iniciativa del Alcalde, las normas básicas sobre la organización de la carrera administrativa de los funcionarios del Distrito...".

Mediante acuerdo No. 10 de 1971 se estableció el procedimiento para las investigaciones administrativas que adelante la Personería Distrital.

Por Decreto 991 de julio 31 de 1974 se expidió el Estatuto de Personal para el Distrito Especial de Bogotá.

Por medio del Acuerdo 12 de 1987 se adoptó la carrera administrativa para el sector central en el Distrito Especial de Bogotá.

El Decreto 088 de 17 de marzo de 1989 reglamentó el Acuerdo 12 de 1987 y se ocupó del régimen disciplinario de la administración central distrital.

La Ley 27 del 23 de diciembre de 1992, por la cual se desarrolló el artículo 125 de la Constitución Política, dispuso:

"ARTICULO 2. De la cobertura..."

"... PARAGRAFO. Los empleados del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, **continuarán rigiéndose por las disposiciones contenidas en el Acuerdo 12 de 1987, expedido por Concejo Distrital de Bogotá, y todas las normas reglamentarias del mismo,** en todo aquello que esta ley no modifique o regule expresamente". (se destaca)

El Decreto Ley 1421 del 21 de julio de 1993, "por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá", en sus artículos 130, 131, 132, 133 y 134 determina el régimen disciplinario, sanciones, plazo de la investigación, procedimiento y prescripción de la acción disciplinaria.

Dicho Decreto-Ley, en su artfculo 180 expresamente deroga el Decreto-Ley 3133 de 1968 y la Ley 1a. de 1992, así como las demás disposiciones que le sean contrarias.

"Artículo 130. Régimen Disciplinario. Los procesos disciplinarios de los empleados públicos del Distrito y sus entidades descentralizadas se adelantarán conforme a las siguientes reglas:

"... 9o. En lo no previsto por el presente estatuto, se regirá por las disposiciones vigentes en materia de régimen disciplinario".

Igualmente el Decreto 1421 de 1993 en su artículo 180 "Vigencia y Derogatoria" reza así:

"El presente estatuto rige a partir de la fecha de su publicación y **deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial el Decreto-Ley 3133 de 1968** y la Ley 1a. de 1992" (El subrayado en negrilla no es del texto).

En cuanto a la Personería Distrital dice el nuevo estatuto de la capital:

"Artículo 100. Veedor Ciudadano. Son atribuciones del personero como veedor ciudadano:

"....8a. Vigilar la conducta oficial de los ediles, empleados y trabajadores del Distrito; verificar que desempeñen cumplidamente sus deberes; adelantar las investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones que fueren del caso, **todo de conformidad con las disposiciones vigentes;**..." (son fuera de texto la negrilla y lo destacado).

Con fundamento en las normas transcritas, se consulta:

1. Teniendo en cuenta que el Concejo Distrital, en ejercicio de las facultades que le confería el Decreto 3133 de 1968, dictó los acuerdos Nos. 10 de 1971 y 12 de 1987 (este último recogido por la Ley 27 de 1992, artículo 2o., parágrafo), los cuales a su vez fueron reglamentados por el Alcalde, mediante Decretos 991 de 1974 y 088 de 1989, se consulta si al derogarse expresamente el Decreto 3133/68, por el artículo 180 del Decreto 1421 de 1993, se deben entender también derogados los referidos acuerdos 10 y 12 y sus correspondientes decretos reglamentarios? En este orden de ideas, cuáles son las disposiciones vigentes en materia de régimen disciplinario que deben aplicarse a los empleados públicos del Distrito Capital, conforme lo indica el artículo 130, numeral 9o., del Decreto-Ley 1421 de 1993?

2. El procedimiento disciplinario establecido en el artículo 133 del Decreto 1421 de 1993, es exclusivo para las investigaciones disciplinarias adelantadas por la Administración del Distrito Capital, o se hace extensiva a la Personería de Santafé de Bogotá y a la Procuraduría General de la Nación, en tratándose de empleados públicos del Distrito Capital?

3. Los procesos disciplinarios distritales de que habla el Decreto 1421 de 1993 son de única instancia, o por el contrario se entenderá que tienen dos instancias al leerse en el numeral 8o. del artículo 130 del referido Estatuto, que los recursos deben concederse en el efecto devolutivo; y en caso positivo cuál sería la segunda instancia?

4. Debe entenderse que ante la gravedad de una falta disciplinaria y en el efecto de que proceda la suspensión del funcionario investigado, ésta duraría lo que dura la investigación?

5. El régimen disciplinario previsto en el Decreto-Ley 1421 de 1993 ha ganado claridad y uniprocedencia para el trámite de los procesos respecto de su aplicación en las entidades descentralizadas; quiere ello decir, que por ministerio

del mencionado Decreto 1421 de 1993 los pactos y convenciones colectivas de las entidades descentralizadas respecto del procedimiento disciplinario en tales entidades han sido derogadas?

6. Cómo se subsanan las nulidades de que habla el Estatuto en su artículo 130 numeral 5o., sin que se vulnere, el debido proceso, el derecho a la defensa y demás garantías procesales?

7. Al entrar en vigencia el Decreto 1421 de 1993 se debieron aplicar las reglas y procedimientos en él contenidos a los procesos disciplinarios en curso al momento de entrar a regir el nuevo Estatuto, o el procedimiento aplicable era el anterior?

8. El régimen disciplinario que regula el Decreto 1421 de 1993 es aplicable a los procesos disciplinarios respecto de los funcionarios públicos de la Personería Distrital; o por el contrario, a éstos funcionarios se les aplicará el previsto en el Decreto 1660 de 1978, para el Ministerio Público?.

LA SALA CONSIDERA:

1o) La Ley 13 de 1984, reglamentada por el Decreto 482 de 1985, señaló el régimen disciplinario aplicable a los empleados de carrera y a los de libre nombramiento y remoción de la Rama Ejecutiva del orden nacional. Posteriormente, por virtud del artículo 10o. de la Ley 49 de 1987 (modificatoria de la Ley 78 de 1986 que reguló la elección popular de alcaldes), se dispuso que mientras se expide el régimen disciplinario para los alcaldes y demás empleados municipales, les sería aplicable la Ley 13 de 1984 y su Decreto reglamentario 482 de 1985.

2o) En relación con el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 1421 de 1993, por el cual se dicta su régimen especial, con fundamento en las facultades del artículo transitorio 41 de la Constitución Nacional.

El artículo 130 de dicho Decreto-Ley establece las reglas conforme a las cuales se deben adelantar los procesos disciplinarios de los empleados públicos del Distrito y sus entidades descentralizadas; en el numeral 9o., ordena que "en lo no previsto por el presente estatuto, se regirá por las disposiciones vigentes en materia de régimen disciplinario".

De donde se deduce que, si la Ley 13 de 1984 y el Decreto reglamentario 482 de 1985, son las normas disciplinarias que se venían aplicando a los empleados municipales, seguirán rigiendo en el Distrito Capital en lo no previsto por el Decreto-Ley 1421 de 1993.

3o) De otra parte, el Decreto-Ley 3133 de 1968 –anterior estatuto del Distrito– fue derogado expresamente por el artículo 180 del Decreto-Ley 1421 de 1993. Las demás normas sobre administración de personal y régimen disciplinario del orden distrital están vigentes en aquellos aspectos que no contraríen la disposición legal (Decreto-Ley 1421 de 1993) por cuanto, según el artículo 322 de la Constitución Nacional, el régimen administrativo del Distrito Capital será el que determinen la Constitución, las Leyes especiales y las disposiciones vigentes para los municipios, las cuales pueden ser dessarrolladas por acuerdos y decretos distritales.

4o) El procedimiento disciplinario establecido en el artículo 133 del Decreto Ley 1421 de 1993, debe ser aplicado por los jefes de los organismos o por las autoridades nominadoras del Distrito Capital, de conformidad con los numerales 1o. y 5o. de esta disposición. El personero podrá aplicar este procedimiento en las investigaciones disciplinarias que adelante según la atribución 8a. del artículo 10o. del citado Decreto Ley 1421 de 1993, que dispone: "vigilar la conducta oficial de los ediles, empleados y trabajadores del Distrito; verificar que desempeñan cumplidamente sus deberes; **adelantar las investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones que fueren del caso, todo de conformidad con las disposiciones vigentes".**

5o) La acción disciplinaria adelantada por la Procuraduría General de la Nación está sometida a las normas de la Ley 25 de 1974, el Decreto reglamentario 3404 de 1983, de manera que el **procedimiento** que debe aplicar este organismo para efectuar las investigaciones disciplinarias de los empleados del Distrito Capital y sus entidades descentralizadas es el previsto en estas disposiciones.

6o) El artículo 133 del Decreto-Ley 1412 de 1993 dispone que el Jefe del organismo o la autoridad nominadora ordenará adelantar investigación cuando tenga conocimiento de la ocurrencia de hechos que puedan constituir falta disciplinaria; a su vez culminada, según el numeral 5o., la autoridad nominadora dispondrá del término de cinco (5) días para proferir decisión de fondo, es decir, determinar la sanción aplicable al empleado investigado.

Así las cosas, se tiene que los actos administrativos que impongan sanciones disciplinarias a los empleados del Distrito Capital y de sus entidades descentralizadas, están sujetos a los recursos previstos en el Código Contencioso Administrativo que derogó el Decreto 2733 de 1959, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10o. de la citada Ley 13 de 1984. De manera que cuando la sanción sea proferida por el jefe del organismo o por la autoridad nominadora, el recurso que procede es el de reposición, según lo preceptuado por el art. 50 Decreto-Ley 01 de 1984.

En este orden de ideas, en el procedimiento administrativo disciplinario se debe cumplir con el principio del control administrativo a través de los recursos previstos en la ley, a eso precisamente se refiere el numeral 8o. del artículo 130 del Decreto-Ley

1421 de 1993 cuando dispone que "las sanciones serán de aplicación inmediata y **los recursos** se concederán en el efecto devolutivo". Quiere esto decir que los actos sancionatorios pueden ser objeto de recurso de acuerdo con las normas vigentes, y que una vez dictados por el funcionario competente se cumplen antes de su ejecutoria.

7o) El numeral 7o., del artículo 130 del citado Decreto-Ley 1421 de 1993 establece la suspensión provisional –o preventiva– del empleado investigado, cuando la falta sea grave o la permanencia en el cargo del infractor pueda entorpecer la investigación. El término de duración de la suspensión será igual al de la investigación, ésta según el artículo 132 *ibídem,* deberá adelantarse **dentro** de un plazo de treinta (30) días **prorrogable** hasta por otros treinta (30) días más, de donde se deduce que la suspensión provisional del empleo no puede superar el término de sesenta (60) días, porque dentro de este plazo máximo debe resolverse sobre la investigación disciplinaria si el empleado fuere absuelto o la sanción de suspensión es menor al tiempo en que estuvo separado del cargo, tendrá derecho a que se le reconozca y pague el valor correspondiente al lapso de la suspensión no justificada.

8o) De otra parte, el régimen disciplinario previsto en el Decreto-Ley 1421 de 1993, es aplicable únicamente a los empleados públicos del Distrito Capital y de sus entidades descentralizadas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 130.

Por esta razón, los trabajadores oficiales del Distrito Capital y de sus entidades descentralizadas no están sometidas a dicho régimen disciplinario, sino a las normas constitucionales y legales vigentes sobre la materia y a los reglamentos internos de trabajo.

9o) El numeral 5o., del artículo 130 del Decreto-Ley 1421 de 1993 ordena que "las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse con el cumplimiento del correspondiente requisito. "De esta norma se deduce que no es necesario declarar la nulidad del procedimiento cuando se observe la ocurrencia de un vicio, sino que basta con cumplir la formalidad ordenada en la respectiva norma. Sobre este aspecto la Sala estima que el vicio se puede subsanar aplicando los principios del artículo 29 de la Constitución Nacional sobre el derecho a la defensa, la contradicción y la petición de práctica de pruebas.

Fundamentalmente estos derechos son los que deben salvaguardarse, de tal manera que, si se permite al investigado plantear y demostrar su versión de los hechos los vicios del procedimiento quedarán subsanados.

10o) El artículo 180 del Decreto-Ley 1421 de 1993 dispone que sus normas entran a regir desde la fecha de su publicación, por lo cual, las disposiciones que regulan el procedimiento administrativo disciplinario de los empleados públicos del Distrito Capital y de sus entidades descentralizadas tienen vigencia desde el 21 de julio de 1993, y como

constituyen normas de procedimierito son de orden público que tienen aplicación inmediata; por lo mismo, y puesto que no se expidió ninguna norma que disponga lo contrario, todos los procesos disciplinarios que estaban en trámite deben ajustarse al nuevo procedimiento en el estado en que se encontraban.

El personero Distrital es un empleado distrital lo mismo que los demás empleados de su dependencia. Según el Decreto-Ley 1421 de 1993 sus funciones son de Ministerio Público, veedor ciudadano y defensor de los derechos humanos. Todas ellas las debe cumplir sin perder su carácter de empleado distrital a quien se le debe aplicar el régimen de personal de dicho decreto-ley y de las normas que lo complementan.

A pesar de que la personería distrital cumple funciones de Ministerio Público no tiene ninguna vinculación orgánica con la Procuraduría General de la Nación, por lo mismo el régimen al cual está sometida esta entidad no le es aplicable.

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

1o) El Decreto-Ley 1421 de 1993 derogó expresamente el Decreto-Ley 3133 de 1968. Los acuerdos 10 de 1971 y 12 de 1987 y los Decretos 991 de 1974 y 088 de 1989, sólo se pueden considerar reformados en los aspectos que sean contrarios al Decreto-Ley 1421 de 1993 y en lo pertinente a la Ley 27 de 1992. De este modo, las disposiciones vigentes sobre régimen disciplinario para los empleados públicos del Distrito Capital y de sus entidades descentralizadas, a que se refiere el artículo 130 del citado Decreto-Ley 1421 de 1993, son la Ley 13 de 1984, su Decreto reglamentario 482 de 1985, y las demás normas legales que la modifiquen o complementen.

2o) El procedimiento disciplinario previsto en el artículo 133 del Decreto-Ley 1421 de 1993 debe ser aplicado en las investigaciones adelantadas por la Administración del Distrito Capital y por la Personería Distrital.

La Procuraduría General de la Nación al investigar empleados públicos del Distrito Capital y de sus entidades descentralizadas debe aplicar el procedimiento de la Ley 25 de 1974, su Decreto reglamentario 3104 de 1983 y las demás normas que la modifiquen o complementen.

3o) Los procesos disciplinarios de los empleados públicos distritales de conformidad con el Decreto-Ley 1421 de 1993 pueden ser adelantados por los jefes de los organismos distritales, y por las autoridades nominadoras. A sus decisiones se les debe aplicar lo ordenado por los artículos 50 y siguientes del Código Contencioso Administrativo relativos a los recursos de la vía gubernativa. De manera que si la sanción es aplicada por el Jefe del organismo o la autoridad nominadora procede sólo el recurso

de reposición ante el mismo funcionario que expidió el acto. Si la sanción es impuesta por otro funcionario u órgano también procede el recurso de apelación para ante el Jefe del respectivo organismo distrital.

4o) Según el numeral 7o., del artículo 130, del Decreto-Ley 1421 de 1993, en concordancia con el artículo 132 *ibídem,* la suspensión provisional o preventiva del empleado público distrital investigado, de su cargo, procede por el mismo término que dure la investigación disciplinaria, sin pasar de sesenta (60) días.

5o) El régimen disciplinario previsto en el Decreto-Ley 1421 de 1993 es aplicable únicamente a los **empleados públicos** del Distrito Capital y de sus entidades descentralizadas; por lo mismo, a él no están sometidos los trabajadores oficiales de esta entidad territorial. Ello significa que el régimen disciplinario aplicable a los trabajadores oficiales es el previsto en las disposiciones constitucionales y legales vigentes y en los reglamentos internos de trabajo. Las convenciones colectivas de trabajo, que pueden suscribir los trabajadores oficiales no están en posibilidad jurídica de regular el régimen disciplinario.

6o) Las nulidades procesales mencionadas en el artículo 130, numeral 5o. del Decreto-Ley 1421 de 1993, se subsanan dando oportunidad al empleado investigado para que presente descargos, pida pruebas y pueda controvertir las que obren en el expediente, tal como lo dispone el artículo 29 de la Constitución Nacional.

7o) Al entrar en vigencia el Decreto-Ley 1421 de 1993, según el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, las reglas de procedimiento del régimen disciplinario establecido por él, debieron de aplicarse de inmediato a los procesos que se estaban adelantando, por ser disposiciones de orden público. Pero de acuerdo con la misma disposición, "los términos que hubiesen empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

8o) Los empleados públicos de la Personería Distrital son empleados distritales que se rigen por las normas del Decreto-Ley 1421 de 1993. A pesar de que el Personero Distrital cumple funciones de Ministerio Público, orgánicamente no pertenece a la Procuraduría General de la Nación; por este motivo no está sometido a las disposiciones aplicables a los funcionarios de esa entidad.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

NOTA DE RELATORIA: En sentido similar puede consultarse el concepto No. 586 de abril 15 de 1994.

Autorizada la publicación el 25 de mayo de 1994, mediante oficio No. 726 de mayo de 1994.

INSTITUCIONES DE EDUCACION SUPERIOR/REGIMEN DE CONTRATACION/AUTONOMIA UNIVERSITARIA

La contratación, por parte de las universidades estatales u oficiales, se rige por las normas contenidas en el capítulo VI de la Ley 30 de 1992. Las demás instituciones estatales u oficiales de educación superior, que se organicen como establecimientos públicos para los mismos efectos. deben someterse a las normas de la Ley 80 de 1993.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco.*

Referencia: Régimen de contratación y control fiscal de las Universidades. Radicación No. 609.

La señora Ministra de Educación Nacional, doctora Maruja Pachón de Villamizar, formula a la Sala la consulta en los siguientes términos textuales:

"I. ANTECEDENTES.

La Constitución Política de Colombia, en el artículo 69, inciso 2o. preceptúa: "la ley establecerá un régimen especial para las universidades del estado".

Con fundamento en ese mandato constitucional el Congreso de la República aprobó la Ley 30 de 1992, "por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior", norma que en el inciso 2 del artículo 57 establece: "el carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprenderá la organización y elección de directivos, del personal docente y

administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el Régimen Financiero y el **Régimen de Contratación y Control Fiscal,** de acuerdo con la Ley" (el destacado es nuestro).

La misma ley en el capítulo VI del "Régimen de contratación y control fiscal" artículo 93 expresa: "salvo las excepciones consagradas en la presente ley, los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del Derecho Privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos; y en el parágrafo exceptúa los contratos de empréstito.

Igualmente el artículo 94 indica los requisitos que se deben tener en cuenta para la validez de los contratos celebrados por las Uni versidades estatales u oficiales.

La Ley 30 fue expedida el 28 de diciembre de 1992; el 23 de octubre de 1993 fue sancionada la Ley 80 "Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", disposición que pretende imprimir mayor agilidad, flexibilidad y autonomía en el campo de la gestión contractual, a las entidades contempladas en su artículo 2o. dentro del cual estarían las universidades estatales u oficiales, entidades creadas como establecimientos públicos y que en virtud de la Ley 30 de 1992 se organizan como entes autónomos de régimen especial.

La Ley 153 de 1887 en sus artículos 1o. y 3o. establece:

Artículo 1o.: "siempre que se advierta incongruencia en las leyes u ocurra oposición entre la ley anterior y la posterior, o trate de establecer el tránsito legal de derecho antiguo a nuevo derecho, las autoridades de la república... observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes".

Artículo 3o.: "Estímase insubsistente una disposición legal por... incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería".

Respecto al artículo 1o. de la Ley 153 de 1887 consideramos que la Ley 30 de 1992 confiere a las universidades estatales u oficiales un nuevo derecho tal como su autonomía o independencia y el tratamiento de régimen especial.

Referente al artículo 3o.de la Ley 153 de 1887 se presenta la duda porque tanto la Ley 30 de 1992 como la Ley 80 de 1993 son normas especiales, la primera lo es aún más porque aunque rige para establecimientos públicos o entes públicos, se refiere concretamente a entidades de Educación Superior, es decir que dentro del género de entidades de la administración pública las clasifica como especiales.

Decimos que la Ley 80 de 1993 es norma especial, pero lo es dentro del contexto administración pública.

2. CONSULTA:

Para efectos de contratación por parte de las universidades estatales y de los establecimientos públicos de educación superior qué normas serán aplicables? Las contenidas en el capítulo 6o. de la Ley 30 de 1992 o el nuevo estatuto general de contratación Ley 80 de 1993?

I.– Antecedentes

1.– Mediante el artículo 69 de la Constitución Política se establece la "Autonomía Universitaria" en los siguientes términos: "Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la Ley.

"La Ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado.

"El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo.

"El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior".

2.– En desarrollo del mencionado precepto constitucional el Congreso expidió la Ley 30 de 1992 "por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior". En el artículo 3o. del citado estatuto se reitera el principio de la autonomía universitaria.

Merecen ser tenidas en cuenta, para efectos de la consulta, las siguientes disposiciones:

a) El artículo 16, según el cual se define como Instituciones de Educación Superior: Las Técnicas Profesionales; las Universitarias o Escuelas Tecnológicas; y las Universidades.

b) El artículo 28 establece como alcance de la autonomía universitaria el derecho de las universidades "a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional".

c) La misma Ley 30 en su artículo 57 dispone, con relación a las universidades estatales u oficiales, que deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo.

Y agrega la norma citada "los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: Personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que les corresponde.

> "El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero y el régimen de contratación y control Fiscal, de acuerdo con la presente ley".

d) A su vez, en el capítulo VI del mismo estatuto legal se desarrolla lo concerniente al régimen de contratación y control fiscal. En el artículo 93 se dispone: "Salvo las excepciones consagradas en la presente ley los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos".

En el parágrafo se exceptúan los contratos de empréstito, a los cuales se les aplica "el Decreto 222 de 1983 y demás disposiciones que lo modifiquen, complementen o sustituyan".

3.– El 28 de octubre de 1993, el Congreso expidió la Ley 80 "por la cual se expide el estatuto general de contratación de la Administración Pública" y que tiene por objeto "disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales".

En el artículo 2o. se señalan cuáles son las entidades estatales, y dentro de su literal a) determina en forma genérica a los establecimientos públicos.

II.– Consideraciones de la Sala:

Con fundamento en el principio consistente en que la "Constitución es norma de normas", se impone analizar en primer lugar, los alcances de la Autonomía Universitaria prevista por el artículo 69 de la Carta. En desarrollo de tal principio las universidades están facultadas para regirse por sus propios estatutos, conforme a la ley. También la misma norma constitucional defiere a la Ley establecer un régimen especial para las universidades del Estado. Todo lo cual significa que la actividad propia que demande la dirección, la administración y la gestión de las universidades del Estado u oficiales tiene un fundamento constitucional prevaleciente.

La Corte Constitucional, en sentencia del 12 de octubre de 1992, se refirió al presente tema así: "La autonomía universitaria, encuentra fundamento en la necesidad de que el acceso a la formación académica de las personas tenga lugar dentro de un clima libre de interferencias del poder público tanto en el campo netamente académico como en la orientación ideológica, o en el manejo administrativo o financiero del ente educativo" (Gaceta de la Corte Constitucional. 1992. Tomo 4).

En este orden de ideas, la Ley 30 de 1992 expidió el régimen especial ordenado por la Constitución para las universidades del Estado. Como parte de tal régimen se regula un sistema particular de contratación en el que por regla general son aplicables las normas de derecho privado. Pero expresamente se exceptúa de dicho régimen, los contratos de empréstitos, a los cuales se ordena aplicar las normas generales de contratación –Decreto-Ley 222 de 1983 (hoy Ley 80 de 1993).

Además, los contratos que celebren las universidades estatales u oficiales fuera de los requisitos propios de la contratación entre particulares, se deben someter a la apropiación y al registro presupuestal, publicarse en el periódico o gaceta oficial correspondiente y a pagar el impuesto de timbre, cuando sea del caso.

Se tiene entonces que la Ley 80 de 1993 contiene el estatuto general de contratación para la Administración Pública; y, aunque cronológicamente es posterior a la Ley 30 de 1992, la Sala considera que esta normatividad es aplicable a los casos de contratación de las universidades estatales por cuanto se trata de un estatuto especial para tales entidades cuya expedición tuvo como fundamento un claro principio constitucional cual es el de la autonomía universitaria.

Lo anterior también encuentra su fundamento en el principio de interpretación de la Ley contenido en el artículo 5o. de la Ley 153 de 1887 conforme al cual la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general . Además, la Ley 80 de 1 993 no reguló íntegramente la materia; por lo mismo, existe la posibilidad de que haya disposiciones anteriores relativas a materias especiales, como la Ley 30 de 1992 que conservan su vigencia.

Sin embargo, debe aclararse que las instituciones estatales u oficiales de educación superior que no tengan el carácter de universidades deberán organizarse como establecimientos públicos del orden nacional, departamental, distrital o municipal (parágrafo, art. 57 Ley 30 de 1992); en tal eventualidad les serán aplicables las normas de contratación previstas para la administración pública, contenidas en la Ley 80 de 1993.

Con fundamento en todo lo anterior, la Sala responde:

La contratación, por parte de las universidades estatales u oficiales, se rige por las normas contenidas en el capítulo VI de la Ley 30 de 1992. Las demás instituciones

estatales u oficiales de educación superior, que se organicen como establecimientos públicos para los mismos efectos, deben someterse a las normas de la Ley 80 de 1993.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por la señora Ministra de Educación Nacional.

Transcríbanse, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Educación Nacional y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 31 de mayo de 1994, mediante oficio No. 00258.

BIEN INMUEBLE–Enajenación/**NORMA ESPECIAL/LICITACION PUBLICA**

La Ley 9a. de 1989, tiene carácter especial en cuanto establece los procedimientos para adquirir los bienes inmuebles necesarios para destinarlos a la realización de los planes de desarrollo municipal y de interés social; y para vender los que no se pueden aplicar a los fines señalados. De manera que la Ley 9a. de 1989 ordena que los bienes inmuebles de las entidades públicas se enajenarán por el procedimiento de la licitación pública, salvo algunas excepciones expresamente señaladas; éstas, por tener carácter especial, prevalecen sobre el principio de la licitación prescrito por el artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Los artículos 35 y 36 de la Ley 9a. de 1989, por tener carácter especial, prevalecen frente al artículo 24 de la Ley 80 de 1993. En consecuencia continúan vigentes.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta formulada por el señor Ministro de Desarrollo Económico sobre enajenación de inmuebles (arts. 35 y 36 de la Ley 9a. de 1989 y art. 24 de la Ley 80 de 1993). Radicación No. 602.

El señor Ministro de Desarrollo ha formulado a la Sala la siguiente consulta previas las textuales consideraciones:

1. El artículo 24 de la Ley 80 de 1993, dispone en su numeral 1o. que "la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos...".

2. Dentro de las excepciones que consagra dicho artículo, que permite la contratación directa, no se encuentra la enajenación de inmuebles, salvo que dicha enajenación, sea entre entidades estatales y por consiguiente el contrato sea interadministrativo, o que el valor del contrato corresponda a los valores que relaciona el numeral a) del artículo 24 de la Ley 80, que constituyen la menor cuantía.

3. La Ley 9a. de 1989, es una norma que regula situaciones particulares, y en especial lo relativo a planes de desarrollo municipal y reforma urbana.

4. El artículo 35 de la Ley 9a. de 1989, establece que "cuando las entidades públicas enajenen a particulares los inmuebles que hayan adquirido por expropiación y negociación voluntaria directa, el precio de venta no será inferior al avalúo administrativo especial practicado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o la entidad que cumpla sus funciones".

5. El artículo 36 de la Ley 9a. de 1989, establece que: las entidades públicas podrán enajenar sus inmuebles sin sujeción al límite establecido en el artículo 35 de la presente Ley y **sin que medie licitación pública** en los siguientes casos: (el destacado es nuestro).

1. Cuando se trate de una enajenación a otra entidad pública. Esta excepción procederá una sola vez respecto del mismo inmueble.

2. Cuando se trate de una enajenación a una entidad sin ánimo de lucro, siempre y cuando medie autorización del Gobernador, Intendente o Alcalde Mayor de Bogotá, en cuya jurisdicción se encuentre el inmueble...

3. Cuando se trate de inmuebles de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta que hubieren sido adquiridas por la vía de remate, adjudicación o dación en pago.

4. En la venta a los anteriores propietarios, siempre y cuando paguen el valor de los impuestos prediales, complementarios y de valorización del respectivo predio causados desde el momento de la anterior enajenación.

5. En las ventas individuales tales como aquellas que se efectúen dentro de un programa comercial de construcción de vivienda, oficinas, o locales que formen parte del conjunto habitacional, y en el de los proyectos de renovación urbana".

Al exigir la Ley 80 que la enajenación de inmuebles se haga por licitación pública, existe duda en cuanto a la vigencia de los artículos 35 y 36 de la Ley 9a. de 1989.

Hechos los anteriores planteamientos, de la manera más atenta solicito absolver la siguiente consulta contenida en el interrogante que a continuación se enuncia:

A la luz del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 continúan vigentes los artículos 35 y 36 de la Ley 9a. de 1989?

LA SALA CONSIDERA:

1) La Ley 9a. de 1989 expidió normas sobre planes de desarrollo municipal y sobre **compraventas** y expropiación de bienes, destinados a la realización de estos planes.

El inciso final del artículo 33 *ibídem* dispone que "los municipios, las áreas metropolitanas y la Intendencia de San Andrés y Providencia (actualmente departamento), enajenarán sus inmuebles mediante el procedimiento previsto en sus propios códigos fiscales o normas equivalentes. A falta de tales normas se aplicarán las disposiciones de la presente Ley. **Todas las demás entidades públicas enajenarán dichos bienes mediante el procedimiento de 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 mensuales".**

2) El artículo 35 de la citada Ley 9a. de 1989, prevé que "cuando las entidades públicas enajenen a particulares los inmuebles que hayan adquirido por expropiación o negociación voluntaria directa, **el precio de venta no será inferior al avalúo administrativo especial practicado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o la entidad que cumpla sus funciones".**

3) El artículo 36 *ibídem* dispone que las entidades públicas podrán enajenar inmuebles sin tomar en cuenta el límite del avalúo administrativo especial señalado en el transcrito artículo 35 *idem* y sin que medie licitación pública cuando:

1.– "Se trata de una enajenación a otra entidad pública. Esta excepción procederá una sola vez respecto del mismo inmueble.

2.– "Se trate de una enajenación a una entidad sin ánimo de lucro, siempre y cuando medie la autorización del Gobernador, Intendente o Alcalde Mayor de Bogotá, en cuya jurisdicción se encuentre el inmueble. Estas enajenaciones estarán sometidas a condición resolutoria del derecho de dominio en el evento de que se le dé a los inmuebles un uso o destinación distinto al autorizado.

3.– "Se trate de inmuebles de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta que hubieren sido adquiridos por la vía del remate, adjudicación o dación en pago.

4.– "En la venta o los anteriores propietarios, siempre y cuando paguen el valor de los impuestos prediales, complementarios y de valorización del respectivo predio causados desde el momento de la anterior enajenación.

5.– "En las ventas individuales tales como aquellas que se efectúen dentro de un programa comercial de construcción de viviendas, oficinas o locales que formen parte del conjunto habitacional. Y en el de los proyectos de renovación urbana".

4) La Ley 80 de 1993, denominada estatuto contractual de las entidades públicas, no regula íntegramente la materia; por lo mismo, existe la posibilidad de que haya disposiciones especiales que se apliquen para celebrar algunos contratos. De este modo, las excepciones previstas en el artículo 24 *ibídem* que permiten prescindir de la licitación pública solo rigen cuando no haya una norma especial aplicable al caso concreto.

5) En este orden de ideas, la Sala estima que la Ley 9a. de 1989, tiene carácter especial en cuanto establece los procedimientos para adquirir los bienes inmuebles necesarios para destinarlos a la realización de los planes de desarrollo municipal y de interés social; y para vender los que no se puedan aplicar a los fines señalados.

De manera que la Ley 9a. de 1989 ordena que los bienes inmuebles de las entidades públicas se enajenarán por el procedimiento de la licitación pública, salvo algunas excepciones expresamente señaladas; éstas, **por tener carácter especial,** prevalecen sobre el principio de la licitación prescrito por el artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala responde:

Los artículos 35 y 36 de la Ley 9a. de 1989, por tener carácter especial, prevalecen frente al artículo 24 de la Ley 80 de 1993. En consecuencia, continúan vigentes.

Transcríbase en sendas copias auténticas a los señores Ministro de Desarrollo Económico y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación e 1o. de junio de 1994.

FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA/ SERVICIOS MEDICOS ASISTENCIALES–Regulación/**JUNTA DIRECTIVA**–Facultades/**EMPLEADO DEL CONGRESO**–Familiares

El artículo 2o. de la Ley 13 de 1975 se encuentra subrogado por el artículo 15 de la Ley 33 de 1985. en virtud del cual se asignaron funciones al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República. Por ende, la competencia para regular los servicios médico-asistenciales en favor de los familiares de los empleados del Congreso, corresponde a la Junta Directiva de dicho fondo con la aprobación del Gobierno Nacional y no a las mesas directivas de la Corporación.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C., Primero (1o.) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre la cobertura de los servicios asistenciales para los familiares de los empleados del Congreso de la República. Radicación No. 607.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Fabio Villegas Ramírez, en suconsulta a esta Sala expone textualmente:

> El Ministerio de Gobierno, a solicitud del presidente de la H. Cámara de Representantes, desea conocer el criterio de esa honorable Sala en lo relacionado con la cobertura de los servicios asistenciales para los familiares de los trabajadores del Congreso.
>
> La Ley 13 de 1975, por la cual se aumentan las asignaciones de los empleados del Congreso y se dictan otras disposiciones de carácter laboral, establece:

"Artículo 2o. Las Mesas Directivas del Congreso reglamentarán los servicios de asistencia para los familiares de sus trabajadores tales como servicio médico, odontológico, bienestar social, educacional y deportivo".

Por su parte, la Ley 5a. de 1992, por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes, determina:

Artículo 389. Fondo de Previsión Social. El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República conservará su actual régimen jurídico y económico.

Continuará atendiendo las prestaciones a sus afiliados y de quienes se vinculen a la nueva planta de personal.

La Mesa Directiva de Cámara y la Comisión de Administración del Senado podrán contratar los Seguros de Vida y por otros conceptos para los Senadores y Representantes. Igualmente podrán contratar los servicios de medicina prepagada para los familiares de los Congresistas.

Con fundamento en las normas transcritas, se consulta.

Se encuentra vigente el artículo 2o. de la Ley 13 de 1975, o debe entenderse derogado por virtud de lo dispuesto en la Ley 5a. de 1992, artículo 389, inciso segundo?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1. **Ambito de la consulta.** El consultante plantea su inquietud jurídica en el sentido de definir si se encuentra vigente el art. 2o. de la Ley 13 de 1975, que confirió a las mesas directivas del Congreso la atribución de reglamentar los servicios de asistencia para los **familiares de sus trabajadores,** tales como servicio médico, odontológico, bienestar social, educacional y deportivo, o si dicha disposición debe entenderse derogada por el art.389, inciso segundo, de la Ley 5a. de 1992 (contentiva del reglamento de la Corporación), la cual dispuso que la mesa directiva de la Cámara y la Comisión de Administración del Senado podrán contratar los servicios de medicina prepagada para los **familiares de los congresistas.**

Como puede deducirse de la lectura de las disposiciones mencionadas, la Ley 13 de 1975 se refiere a la reglamentación de ciertos servicios en favor de los familiares de los empleados del Congreso y la Ley 5a. de 1992, versa sobre la facultad para contratar los servicios de medicina prepagada para los familiares de los congresistas, de donde podría deducirse que por referirse a asuntos y beneficiarios diferentes, dichas Leyes no son incompatibles entre sí. Conviene, sin embargo, para una más amplia comprensión del tema, estudiar el alcance de la decisión adoptada por el legislador en el intervalo entre la vigencia de ambas normas, al crear el Fondo de Previsión Social

del Congreso de la República. A esta institución se refiere la Ley últimamente citada, aunque con impropiedad por contener el reglamento interno de la Corporación Legislativa, para decir que conservará su actual régimen jurídico y económico y que continuará atendiendo las prestaciones a sus afiliados y de quienes se vinculen a la nueva planta de personal (inciso primero del art.389 de la Ley 5a. de 1992).

En efecto, la Ley 33 de 1985, "por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público", en su art.14 creó, como establecimiento público del orden nacional, esto es, como un organismo dotado de personería jurídica, autónomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

El Fondo cumplirá, "además de la función que la Ley señala a los organismos de Previsión Social", las siguientes actividades:

– Efectuar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los congresistas, de los empleados del Congreso y de los empleados del mismo Fondo;

– Expedir, con la aprobación del Gobierno Nacional, reglamentos generales para la atención de las prestaciones a su cargo; y

– Realizar inversiones que le permitan servir oportunamente los objetivos propios de la institución y le garanticen seguridad, rentabilidad y liquidez (art.14).

Y entre las funciones de la Junta Directiva, encuéntrase la de "adoptar el reglamento general sobre prestación de los servicios médico-asistenciales" (*ibídem*, art. 18-f).

De conformidad con el Decreto reglamentario 1436 de 1985, el mencionado Fondo deberá atender las prestaciones asistenciales a sus afiliados, pensionados y **beneficiarios,** según el caso, las cuales consistirán en: servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, hospitalarios, odontológicos, etc.

2. **Regulación de las actividades de los organismos de Previsión Social.** Como el art.15 de la Ley 33 de 1985 menciona entre las actividades que corresponde cumplir al Fondo, aquellas que la ley señala a los organismos de Previsión Social, conviene aludir a algunas de sus principales disposiciones. Ellas son:

a. El Decreto 1600 de 1945, reglamentario de la Ley 6a. del mismo año, relativa a la organización de la seguridad social, dispuso que las instituciones que la ejercieran podrían asumir la asistencia médico-quirúrgica, hospitalaria, odontológica y obstétrica de los familiares del afiliado (art.4o. –c).

b. El Decreto-Ley 3135 de 1968, art.15, prevé que la respectiva entidad de previsión social prestará asistencia por maternidad a la esposa o compañera permanente del afiliado y a sus hijos hasta los seis meses de edad, mediante el pago de tarifas económicas especiales. (Esta disposición fue reiterada por el art.55 del Decreto-Ley 1045 de 1978).

c. El Decreto-Ley 434 de 1971 estableció que las entidades de previsión social determinarán en sus reglamentos los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y demás prestaciones médico-asistenciales, las que se reconocerán a los familiares que dependan económicamente del afiliado o pensionado, "de acuerdo con los estudios actuariales que se hagan para el efecto" (art. 2o.). Y,

d. El Decreto-Ley 546 de 1971, según el cual "los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del ministerio público, podrán afiliar voluntariamente a la Caja Nacional de Previsión Social o a la entidad que haga sus veces, a su cónyuge, hijos y ascendientes, con el objeto de que se les preste la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria completas a que haya lugar, en caso de enfermedad (...) Tanto la afiliación como las condiciones de prestación del servicio, estarán sometidas a los reglamentos que sobre el particular dicte la junta directiva de la Caja con la aprobación del gobierno y aparte de la cuota de afiliación, que señalarán dichos reglamentos, el funcionario o empleado deberá aportar, por este concepto, una cuota periódica mensual hasta del 5% del valor de su sueldo, según lo disponga el reglamento y teniendo en cuenta el número de personas afiliadas" (art. 29).

De manera que, entre las atribuciones del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, se encuentra la de prestar la asistencia médica y demás prestaciones de asistencia social a los familiares de sus afiliados, en la medida en que se determine en la reglamentación general que adopte su Junta Directiva con la aprobación del Gobierno.

Por consiguiente, el art.2o. de la Ley 13 de 1975, en cuanto dispuso que las mesas directivas del Congreso reglamentaran los servicios de asistencia para los familiares de sus trabajadores, fue subrogado precisamente por el art.15 de la Ley 33 de 1985, al disponer que el Fondo debía regirse por las normas aplicables a las demás entidades de previsión social.

En cuanto al art.389, inciso segundo, de la Ley 5a. de 1992,es menester concluir que no podía derogar el art.2o.de la Ley 13 de 1975, por cuanto aquella disposición se circunscribe a otorgar una autorización para contratar los servicios de medicina prepagada para los familiares de los congresistas mientras esta última confiere una autorización a las mesas directivas del Congreso para reglamentar los servicios de asistencia en general, en beneficio de los empleados de la Corporación.

En concordancia con lo expuesto, la Sala responde:

El art. 2o. de la Ley 13 de 1975 se encuentra subrogado por el art. 15 de la Ley 33 de 1985, en virtud del cual se asignaron funciones al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República. Por ende, la competencia para regular los servicios médico-asistenciales en favor de los familiares de los empleados del Congreso, corresponde a la Junta Directiva de dicho Fondo con la aprobación del Gobierno Nacional y no a las mesas directivas de la Corporación.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Gobierno y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República (C.C.A., art.112).

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada la publicación con oficio No. 806 de 14 de junio de 1994.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR/PLANTA PRODUCTORA DE BIENESTARINA/BIEN INMUEBLE-Enajenación/**BIEN MUEBLE**-Enajenación/**VENTA**-Régimen Aplicable/**BIENESTARINA**

Para la enajenación de los bienes muebles e inmuebles que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha destinado en las plantas procesadoras de Bienestarina, no es aplicable el artículo 60 de la Constitución porque no se trata de la enajenación de su participación en otra persona jurídica. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar al enajenar los bienes inmuebles en los que funcionan las plantas mencionadas debe aplicar las disposiciones pertinentes de la Ley 9a. de 1989. En cambio, en la venta de los bienes muebles, como maquinaria y equipos, esa entidad debe aplicar el procedimiento señalado en la Ley 80 de 1993.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Aplicación del artículo 60 de la Constitución Política de Colombia a la venta de los activos muebles e inmuebles de las plantas procesadoras de Bienestarina por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y aplicación de la Ley 80 de 1993 a tales operaciones. Radicación No. 610.

El señor Ministro de Salud ha formulado a la Sala la siguiente consulta previas las textuales consideraciones:

A. ANTECEDENTES JURIDICOS

La Ley 7 de 1979 en su capítulo II del Título IV, establece los objetivos y funciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, así:

ARTICULO VEINTE. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tendrá por objeto fortalecer la familia y proteger al menor de edad.

ARTICULO VEINTIUNO. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tendrá las siguientes funciones:

1. Ejecutar las políticas del Gobierno Nacional en materia de fortalecimiento de la familia y protección al menor de edad.

2. Formular ejecutar y evaluar programas y dictar las normas necesarias para el logro de los fines señalados en el artículo anterior.

3. Coordinar su acción con los otros organismos públicos y privados.

4. Preparar proyectos de Ley, reglamentos y demás normas relacionadas con el menor de edad y la familia.

5. Colaborar con la preparación de los reglamentos que fijen las funciones de la Policía Nacional, con respecto a la protección y trato a los menores de edad.

6. Asistir al Presidente de la República en la inspección y vigilancia de que trata el ordinal 19 del artículo 120 de la Constitución Nacional, sobre las instituciones de utilidad común y que tengan como objetivo lo protección de la familia y de los menores de edad.

7. Señalar y hacer cumplir los requisitos de funcionamiento de las instituciones y de los establecimientos de protección del menor de edad y la familia y de las instituciones que desarrollen programas de adopción.

8. Otorgar, suspender y cancelar licencias de funcionamiento para establecimientos públicos o privados de protección al menor y a la familia y a instituciones que desarrollen programas de adopción.

Para que pueda otorgarse personería jurídica a las Instituciones que tienen por objeto la protección del menor de edad, se requerirá concepto previo y favorable del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

9. Celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales para el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objeto.

10. Coordinar y realizar campañas de divulgación sobre los diversos aspectos relacionados con la protección al menor de edad y al fortalecimiento de la familia.

11. Recibir y distribuir los recursos y auxilios que se incluyan en el presupuesto nacional con destino a entidades oficiales o particulares que se ocupen de programas de protección del menor de edad y a la familia e inspeccionar la inversión de los mismos.

12. Proveer a la creación, funcionamiento y supervisión de los hogares infantiles para la atención integral al preescolar, en la forma que lo señale el Decreto Reglamentario.

13. Desarrollar programas de adopción.

14. Crear programas de protección preventiva y especial para menores de edad, lo mismo que auxiliar técnica y económicamente a los organismos de esta naturaleza existentes en el país, cuando lo considere conveniente.

15. Prestar la asistencia técnica necesaria para el estudio integral del menor de edad que esté bajo las órdenes de los jueces de menores del país y emitir dictámenes periciales (antro-heredobiológicos) en los procesos de filiación y en aspectos psicosociales cuando el juez lo solicite.

16. Coordinar su acción con el Ministerio de Trabajo, en todo lo relacionado con el trabajo y con las reglamentaciones sobre el trabajo de menores de edad.

17. Ejecutar los programas que le correspondan dentro del Plan Nacional de Nutrición que señala el Gobierno Nacional.

18. Investigar los problemas referentes a la nutrición del pueblo colombiano, planear y ejecutar programas nutricionales y adelantar las acciones necesarias para el mejoramiento de la dieta alimenticia de la mujer embarazada o en período de lactancia y del menor, coordinación con los demás organismos del Estado.

19. Promover las acciones en que tenga interés por razón de su vocación hereditaria o de bienes vacantes o mostrencos de acuerdo con las leyes.

20. Imponer multas a su favor, en los casos previstos por la ley, en la cuantía y según los procedimientos que se determinen en el Decreto Reglamentario de la presente ley.

21. Las demás que se le asignen por disposiciones especiales".

El Decreto No. 2388 de 1979 reglamentario de la Ley 7a.de 1979, en el capítulo IX. DE LOS PROGRAMAS DE NUTRICION, artículo 80, señala que "El Instituto debe asegurar la producción de mezclas vegetales y demás alimentos de consumo humano, de alto valor nutricional y bajo costo, y establecer los mecanismos necesarios para su distribución y aprovechamiento".

De acuerdo con estas normas está claro que es responsabilidad del Instituto asegurar la producción de mezclas vegetales, pero de ninguna manera se establece que las debe producir el mismo Instituto, ya que el Bienestar Familiar es un servicio público a cargo del Estado, y el Instituto es una entidad social, no financiera ni comercial, con actividades muy diferentes a las que implica el manejo de procesos productivos eficientes.

B. RAZONES DE LA CONSULTA.

La Junta Directiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desde 1990 ha venido analizando alternativas que permitan cumplir eficazmente con la responsabilidad del Instituto de asegurar la producción de mezclas vegetales y demás alimentos de consumo humano, de alto valor nutricional y bajo costo,y establecer los mecanismos necesarios para su distribución y aprovechamiento".

Con este propósito se contrató con el Instituto de Fomento Industrial (IFI) el "Estudio Costo Efectividad y Manejo de las plantas de Bienestarina del I C.B.F." elaborado en agosto de 1992, que concluyó con la necesidad de proceder al cierre de las plan tas productoras de Bienestarina, basándose inicialmente en el análisis de los objetivos del I.C.B.F. que no la señalan como una entidad productora de bienes, sino ejecutora de programas de nutrición y alimentación en armonía con el Plan General de Desarrollo Económico y Social.

Con base en las anteriores razones y con el fin de contar con más elementos de juicio para la toma de una decisión final, se procedió a una compra piloto de 3.000 T.M. de Bienestarina producida por particulares. Los resultados de esta experiencia han sido positivos, mostrando menores costos, calidad acorde con las exigencias técnicas del Instituto y oportunidad en el suministro.

Todo lo anterior sirvió de base a la Junta Directiva para tomar su decisión de suprimir las tres divisiones de producción de alimentos enriquecidos previendo los mecanismos para garantizar que este alimento enriquecido continúe suministrándose a los usuarios en las mismas cantidades y condiciones como hasta ahora se viene haciendo.

Es así como para cubrir los requerimientos de los usuarios para 1994, se ha programado la distribución de 22.000 T.M. de este producido adquirido mediante contratos con particulares.

Las consecuencias de la decisión de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar conlleva la correspondiente supresión de los cargos y disposición de los bienes muebles e inmuebles de propiedad del Instituto en las cuales se encuentran las instalaciones de las plantas.

Concretamente el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es propietario de los terrenos donde está ubicada la planta de Cartago (Valle del Cauca); respecto a las plantas de Paipa (Boyacá) y Sabanagrande (Atlántico) los terrenos donde funcionan fueron entregados en comodato y el Instituto tiene la propiedad de los bienes muebles (maquinaria y equipos).

Ante las circunstancias anteriormente descritas se ha suscitado una serie de inquietudes respecto a los alcances del artículo 60 de la Constitución Política, sobre los cuales es necesario precisar por la trascendencia de los efectos que puedan originarse y con el fin de encuadrar jurídicamente la decisión tomada por la Junta Directiva y ante todo teniendo en cuenta que se van a suprimir tres (3) divisiones dentro de la estructura interna del Instituto que lo aleja del cumplimiento de las funciones que por mandato legal se le han señalado.

C. LA CONSULTA

Es procedente la aplicación del artículo 60 de la Constitución Política, en relación con la venta de los activos (muebles e inmuebles) de las plantas productoras de Bienestarina del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Es procedente aplicar la Ley 80 de 1993 para la venta de los activos (muebles e inmuebles) de las plantas productoras de Bienestarina del Instituto.

LA SALA CONSIDERA:

1o) El Decreto 2388 de 1979, determina la estructura orgánica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (art.1o.), dentro de la que se encuentra la División de Producción y Control de calidad de alimentos, de la cual dependen las plantas de elaboración y producción de bienestarina (alimento obtenido de mezclas vegetales).

20) De la anterior disposición se deduce que las mencionadas plantas procesadoras del producto denominado bienestarina, no constituyen una entidad u organismo, autónomo o con personería jurídica, ni con la naturaleza de empresa, en el sentido

financiero. Estas plantas son dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, las cuales han servido como un factor destinado a desarrollar la función señalada en el numeral 18, del artículo 21, de la Ley 7a. de 1979, relativa a la ejecución de programas nutricionales para la población de escasos recursos.

3o) En este orden de ideas, todos los bienes que integran las plantas productoras de bienestarina así como los demás de propiedad del Instituto, están afectados al cumplimiento de sus funciones legales y todos tienen un mismo régimen jurídico.

En consecuencia, no es pertinente aplicar en este caso el artículo 60 de la Constitución porque no se trata de la enajenación de acciones, cuotas o participaciones del Instituto de Bienestar Familiar en una persona jurídica.

4o) De otra parte, el artículo 33 de la Ley 9a. de 1989, dispone que las entidades públicas enajenaran sus bienes inmuebles mediante el proceso de licitación pública, "salvo cuando se trate de la venta a propietarios anteriores o cuando el precio base de la reorganización sea inferior a los trescientos (300) salarios mínimos mensuales" y en los casos de excepción señalados en forma taxativa en el artículo 36 *ibídem,* disposiciones que se encuentran vigentes por su carácter especial frente a la Ley 80 de 1993. De manera que el Instituto debe aplicar dichas normas en la venta de sus bienes inmuebles.

5o) Finalmente, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, debe observar las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993 (estatuto contractual), respecto de la venta de sus bienes muebles utilizados en las plantas procesadoras de bienestarina, como la maquinaria y los equipos.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala absuelve los interrogantes formulados por el señor Ministro de Salud.

1.– Para la enajenación de los bienes muebles e inmuebles que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha destinado en las plantas procesadoras de Bienestarina, no es aplicable el artículo 60 de la Constitución porque no se trata de la enajenación de su participación en otra persona jurídica.

2.- El Instituto Colornbiano de Bienestar Familiar al enajenar los bienes inmuebles en los que funcionan las plantas mencionadas debe aplicar las disposiciones pertinentes de la Ley 9a. de 1989.

3.– En cambio, en la venta de los bienes muebles, como maquinaria y equipos, esa entidad debe aplicar el procedimiento señalado en la Ley 80 de 1993.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 17 de junio de 1994 con Oficio No. 570.

EMPLEADO DEL DISTRITO CAPITAL/CARRERA ADMINISTRATIVA–Régimen Aplicable/**PROCESO DISCIPLINARIO–**Régimen Aplicable/**COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL–**Facultades/**DELEGACION DE FUNCIONES**

El artículo 126 del Decreto-Ley 1421 de 1993 derogó el parágrafo del artículo 2o. de la Ley 27 de 1992. Han quedado insubsistentes las disposiciones relativas a la carrera administrativa contenidas en el Acuerdo 12 de 1987, expedido por el Concejo Distrital de Bogotá, sin perjuicio de las situaciones jurídicas constituidas por dicho acuerdo. Por consiguiente, los empleados del Distrito Capital, tanto del nivel central como del descentralizado, deben regirse por la Ley 27 de 1992 y sus Decretos reglamentarios. En materia disciplinaria, tal como lo sostuvo la Sala en reciente consulta, a dichos empleados les son aplicables las disposiciones del Decreto-Ley 1421 de 1993 y, en lo no previsto en esta norma, las de la Ley 13 de 1984 y su Decreto reglamentario 482 de 1985. El Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital y el Consejo Distrital del Servicio Civil, perdieron competencia para administrar y vigilar la carrera administrativa de los empleados del Distrito Capital, por mandato del artículo 126 del Decreto-Ley 1421 de 1993 y, por consiguiente, estas funciones deben ser asumidas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a que se refieren los artículos 130 de la Constitución y 12 a 14 de la Ley 27 de 1992. La Comisión Nacional del Servicio Civil puede delegar en el Consejo Distrital del Servicio Civil la función de administrar y vigilar la carrera administrativa de los empleados del Distrito Capital.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre el régimen jurídico aplicable a los empleados de carrera administrativa vinculados al Distrito Capital de Bogotá. Radicación No. 586.

El director del Departamento Administrativo de la Función Pública, doctor Eduardo González Montoya, remite a la Sala la consulta que concibe en los términos siguientes:

> La Comisión Nacional del Servicio Civil, organismo encargado de la administración y la vigilancia de la carrera administrativa y cuyo Presidente es el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, requiere hacer claridad sobre la normatividad aplicable a los empleados de carrera del Distrito Capital, tanto del nivel central como del descentralizado.
>
> Para tal efecto, este Departamento se permite elevar consulta a esa Honorable Corporación, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:
>
> 1. El Acuerdo No. 12 de 1987, emanado del Concejo Distrital de Bogotá en virtud de las facultades conferidas por el artículo 13 numeral 12 del Decreto-Ley 3133 de 1 968, adoptó la carrera administrativa para los empleados de la Administración Central en el Distrito Especial de Bogotá.
>
> Conforrne con lo señalado en el parágrafo primero del artículo 1 del citado Acuerdo 12, la expresión "Administración Central" comprende el Concejo, la Personería, la Contraloría y la Tesorería, la Alcaldía Mayor, las Secretarías, el Servicio de Salud de Bogotá, los Departamentos Administrativos y los Fondos Rotatorios de estas dependencias.
>
> De acuerdo con lo anterior, quedaron excluidos de la aplicación de las normas contenidas en el Acuerdo No.12 de 1987 los empleados del Distrito Capital al servicio de entidades descentralizadas del mismo.
>
> 2. En el artículo 65 del mencionado Acuerdo 12 se otorgaron facultades al Alcalde para crear y organizar el Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital y el Consejo Distrital del Servicio Civil, como su órgano asesor. Estas facultades fueron ejercidas a través de los Decretos Nos. 1623 y 1622 del 21 de diciembre de 1987.
>
> Entre las funciones asignadas por el Acuerdo No. 12 al Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital se encuentran las de**administrar la carrera administrativa** con la asesoría del Consejo del Servicio Civil Distrital (artículo 35); la administración y el control de los concursos para las diferentes clases y series de empleos (artículo 37): decidir sobre las reclamaciones que se presen-

ten por irregularidades en los procesos de selección (artículo 49); resolver sobre las solicitudes de escalafonamiento de los empleados en la carrera administrativa y expedir la correspondiente resolución de inscripción (artículo 61); y las señaladas en el artículo 66.

De otra parte, al Consejo del Servicio Civil Distrital se le fijaron las siguientes funciones : asesorar a la administración distrital y al Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital en materia de administración de personal civil al servicio del Distrito; controlar la marcha de la carrera administrativa, tramitando las quejas que por violación de sus normas le sean presentadas y solicitar a las autoridades correspondientes la adopción de las medidas y la imposición de las sanciones; emitir conceptos sobre aspectos que según el Acuerdo 12 le correspondan; absolver las consultas sobre el servicio civil y la carrera administrativa que le formulen los distintos organismos de la Administración Distrital y las organizaciones de los empleados distritales, entre otras.

3. El artículo 130 de la Constitución Nacional previó la existencia de una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y la vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter de especial. Estas últimas, conforme lo señaló la Corte Constitucional en Sentencia No. C-391/93, son las previstas en la Constitución Nacional para los siguientes organismos: La Contraloría General de la República (artículo 268, numeral 10o.); la Procuraduría General de la Nación (artículo 279); la Rama Judicial (artículo 256, numeral 1o.); la Fiscalía General de la Nación (artículo 253); las Fuerzas Militares (artículo 217); la Policía Nacional (artículo 218).

De tal manera que ha de entenderse que la carrera administrativa establecida por el Acuerdo 12 de 1987 para los empleados del nivel central del Distrito Capital no tiene el carácter de carrera especial y, por lo tanto, se trata de un sistema específico de administración de personal, que debe ser administrado y vigilado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por expreso mandato constitucional.

4. 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", dispuso en el parágrafo del artículo 2 que los empleados del Distrito Capital de Santafé de Bogotá continuarán rigiéndose por las disposiciones contenidas en el Acuerdo 12 de 1987, expedido por el Concejo Distrital de Bogotá, y todas las normas reglamentarias del mismo, en todo aquello que esta Ley no modifique o regule expresamente.

La única disposición de la Ley 27 de 1992 que está de manera expresa,dispuso que es aplicable a los empleados inscritos en el escalafón de la carrera admi-

nistrativa regidos por el Acuerdo 12 de 1987, es la contemplada en el artículo 8 que se refiere a la indemnización por supresión del empleo.

De otra parte el artículo 30 de la mencionada Ley 27, al señalar las normas que modificaba dejó vigentes las existentes sobre la materia en el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, es decir, el Acuerdo 12 de 1987.

5. La Ley 27 de 1992, en su artículo 12, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 130 de la Constitución Nacional, creó la Comisión Nacional del Servicio Civil y en el artículo 14 le señaló como función general la de administrar y vigilar la carrera administrativa de los empleados del Estado, con excepción de aquellas que tengan el carácter de especiales. Como funciones específicas le asignó, entre otras, las siguientes:

– Vigilar el cumplimiento de las normas de carrera de los empleados a nivel nacional y territorial. En caso de infracción a las mismas, solicitar a la autoridad competente la imposición de sanciones de multa, suspensión o destitución a los infractores.

– Conocer, de oficio o a petición de parte, de las irregularidades que se presenten en la realización de los procesos de selección, pudiendo dejarlos sin efectos, total o parcialmente; excluir de las listas de elegibles a las personas que hubieren incurrido en violación a las Leyes o a los reglamentos que regulan la administración civil al servicio del Estado y ordenar la revocatoria de nombramientos u otros actos administrativos, si comprobare que éstos se efectuaron con violación de las normas que regulan la materia.

– Absolver privativamente las consultas sobre administración de personal que formulen los distintos organismos del Estado y las organizaciones de empleados del mismo, en los casos en los cuales no les corresponda hacerlo a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado o al Departamento Administrativo del Servicio Civil (hoy de la Función Pública).

– Vigilar que los nombramientos provisionales no excedan el término legal. En caso de infracción, solicitar a la autoridad competente la imposición de las sanciones de multa, suspensión o destitución a los infractores.

– Delegar sus funciones en las Comisiones Seccionales del Servicio Civil.

– Conocer, en segunda instancia, de las decisiones adoptadas por las Comisiones Seccionales del Servicio Civil.

6. El artículo 15 de la citada Ley 27 también dispuso que en cada uno de los Departamentos habrá una Comisión Seccional del Servicio Civil, que cumplirá

dentro de su circunscripción, por delegación de la Comisión Nacional del Servicio Civil, las mismas funciones que ésta cumple. Para el caso de la Comisión Seccional del Departamento de Cundinamarca excluyó, en su integración al Alcalde del Distrito Capital de Santafé de Bogotá y no previó la existencia de una Comisión Seccional para el Distrito Capital.

7. No obstante que por mandato constitucional la Comisión Nacional del Servicio Civil tiene la competencia exclusiva para administrar y vigilar las carreras administrativas de los empleados del Estado, incluidos los sistemas específicos de administración de personal, como es el caso del contenido en el Acuerdo 12 de 1987, la Ley 27 de 1992 al incorporar en ella el citado Acuerdo, dejó subsistentes al Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital y al Consejo Distrital del Servicio Civil, organismos éstos que tienen las mismas funciones que debe cumplir la Comisión Nacional del Servicio Civil.

8. Con fecha julio 21 de 1993, el Presidente de la República, en uso de las atribuciones conferidas por el artículo transitorio 41 de la Constitución Nacional, expidió el Decreto-Ley 1421, "Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá". En el artículo 1 lo organiza como Distrito Capital con autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y de la Ley. En el artículo 2 dispone que como entidad territorial que es está sujeto al régimen político, administrativo y fiscal que para él establece expresamente la Constitución, el estatuto contenido en el citado Decreto-Ley 1421 y las Leyes especiales que para su organización y funcionamiento se dicten. Es así como el inciso 2 del artículo 3 *ibídem* consagra la prevalencia de dicho estatuto sobre las normas legales de carácter general vigentes para las demás entidades territoriales.

9. El Título VIII del estatuto en comento, referido a los servidores públicos, en el artículo 126, ciñéndose a lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Nacional, establece que los cargos en las entidades del Distrito son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de período fijo, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley. Y en el inciso 2 dispone que **son aplicables en el Distrito Capital y sus entidades descentralizadas las disposiciones de la Ley 27 de 1992, en los términos allí previstos, y sus disposiciones complementarias.**

De otra parte, el artículo 180 *ibídem* deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se consulta:

1. ¿Cuál es el alcance del artículo 126 del Decreto Ley 1421 de 1993 frente a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 2 de la Ley 27 de 1992?

2. Han quedado insubsistentes las disposiciones relativas a la carrera administrativa contenidas en el Acuerdo No .12 de 1987 y, por lo tanto, los empleados del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, tanto del nivel central como del descentralizado, deben regirse por la Ley 27 de 1992?

3. En caso afirmativo, ¿el Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital y el Consejo Distrital del Servicio Civil carecen de competencia para administrar y vigilar la carrera administrativa de los empleados del Distrito Capital, debiendo asumir estas funciones la Comisión Nacional del Servicio Civil?

En estas circunstancias ¿puede la Comisión Nacional del Servicio Civil delegar en el Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital o en el Consejo Distrital del Servicio Civil o en la Comisión Seccional del Servicio Civil de Cundinamarca la función de administrar y vigilar la carrera administrativa de los empleados del Distrito Capital?

4. Por el contrario, ¿deberá entenderse que las disposiciones en materia de carrera administrativa contenidas en el Acuerdo 12 de 1987 continúan vigentes en los términos previstos en la Ley 27 de 1992?

En este caso, ¿cuál es el organismo competente para administrar y vigilar la carrera administrativa de los empleados del nivel central del Distrito Capital de Santafé de Bogotá?

LA SALA CONSIDERA:

1. **Antecedentes legales.**– En desarrollo de lo dispuesto por el estatuto orgánico del Distrito Especial de Bogotá (Decreto-Ley 3133 de 1968, artículo 13, numeral 12), el Concejo Distrital de esa ciudad, mediante la expedición del Acuerdo número 12 de 1987, organizó el régimen de carrera administrativa para el personal al servicio de la Administración Central. Bajo esta última expresión, el Acuerdo mencionado comprendió las siguientes dependencias distritales: La Alcaldía Mayor, las secretarías, los departamentos administrativos, el Servicio de Salud, los fondos rotatorios, el Concejo, la Personería, la Contraloría y la Tesorería.

En sus doce capítulos y 76 artículos, el Acuerdo Distrital número 12 de 1987 abarcó los siguientes aspectos relacionados con administración de personal civil y carrera administrativa: Ambito de aplicación; clasificación de los empleos y de los cuadros administrativos; creación, supresión y fusión de empleos: derechos, deberes, prohibiciones e incompatibilidades; capacitación, bienestar social y estímulos; régimen disciplinario; del régimen de la carrera administrativa (objeto, cargos de la administración central que a ella pertenecen, convocatoria del concurso, reclutamiento, lista de

elegibles, nombramientos, período de prueba, escalafonamiento, y retiro); órganos para la administración del sistema de carrera administrativa (Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital y Consejo Distrital del Servicio Civil); disposiciones transitorias, y disposiciones varias.

En el año de 1992, el Congreso de la República decidió ampliar a los departamentos y municipios el sistema de carrera administrativa, vigente hasta entonces para la Nación y el Distrito Especial de Bogotá (erigido en Distrito Capital de Santafé de Bogotá por mandato del constituyente de 1991). Para el efecto, al expedir la Ley 27 especificó acerca de su cobertura:

> ART.2o. Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal civil que presta sus servicios a la Rama Ejecutiva, contenidas en los decre-tos-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 son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismos de los niveles nacional, departamental, distrital **diferentes al distrito capital,** municipal y sus entes descentralizados, en las asambleas departamentales, en los concejos municipales y distritales y en las juntas administradoras locales, excepto las unidades de apoyo que requieran los diputados y concejales (inciso primero). (Destaca la Sala)
>
> En el parágrafo del mismo artículo y con el fin de evitar equívocos, dispuso:
>
> Los empleados del distrito capital de Santafé de Bogotá, continuarán rigiéndose por las disposiciones contenidas en el Acuerdo 12 de 1987, expedido por el Concejo Distrital de Bogotá, y todas las normas reglamentarias del mismo, en todo aquello que esta ley no modifique o regule expresamente.

(Tal como lo explica el consultante en el texto de la consulta remitida a la Sala, la única disposición de la Ley 27 de 1992 que ésta, de manera expresa, dispuso que es aplicable a los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa regidos por el Acuerdo 12 de 1987, es la contemplada en el artículo 8o. que se refiere a la Indemnización por supresión del empleo).

Por otra parte, la Ley 27 de 1992 ordenó el funcionamiento en cada uno de los departamentos, de una Comisión Seccional del Servicio Civil, que cumplirá, dentro del territorio de su jurisdicción y en forma de delegación, las mismas funciones que cumple la Comisión Nacional del Servicio Civil. Y en cuanto a la Comisión Seccional para Cundinamarca, excluyó de su integración al alcalde de Santafé de Bogotá (*ibídem,* art.15).

Finalmente, el nuevo estatuto orgánico del Distrito Capital de Bogotá, expedido por el Gobierno Nacional con fundamento en el precepto contenido en el artículo transitorio

41 de la Constitución Política, no solamente derogó el anterior estatuto sobre la materia (Decreto-Ley 3133 de 1968) sino que, en relación con la carrera administrativa, fijó criterios que armonizan con la orientación señalada por la Constitución Política de 1991. En efecto, el Decreto-Ley 1421 de 1993 (julio 21), se expresó del modo siguiente

> ART.126. Los cargos en las entidades del Distrito son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, período fijo, libre nombramiento y remoción los de los trabajadores of iciales y los demás que determine la Ley. Los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la Ley, serán nombrados por concurso público.

En el artículo precitado se agregó el siguiente inciso:

> Son aplicables en el Distrito Capital y sus entidades descentralizadas las disposiciones de la Ley 27 de 1992 en los términos allí previstos, y sus disposiciones complementarias.

2. **La función pública en la nueva Constitución.–** La Carta Política expedida por la Asamblea Nacional Constituyente en 1991 dedicó uno de sus capítulos a regular el tema de la función pública.

Dentro de sus disposiciones, el capítulo en mención estableció el principio según el cual "los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera", exceptuando del mismo los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales **y los demás que determine la Ley;** preceptuó que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones **que fije la Ley** para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; y adscribió a la Comisión Nacional del Servicio Civil la responsabilidad de administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos, "excepción hecha de las que tengan carácter especial".

De manera que si bien la función pública es regulada directamente por la Constitución en sus aspectos fundamentales, ella misma defiere a la Ley la determinación de los requisitos y condiciones para acceder a los cargos de carrera así como la posibilidad de otorgar carácter especial a alguna o algunas carreras. En este último aspecto, aunque la Ley suprema confiere ese carácter especial a ciertas carreras (la judicial, la militar, la de las contralorías, la de la procuraduría y la de fiscalía), ello no es óbice para que la Ley ordinaria a su turno pueda otorgar, también, condición especial a determinada carrera.

4. **La regulación de la carrera administrativa en la capital de la República.–** La ciudad de Bogotá, capital de la República y del departamento de Cundinamarca, desde la expedición del Decreto Legislativo 3640 de 1954, dictado en desarrollo del

Acto Legislativo número 1 de 1945, comenzó a tener un régimen jurídico especial, distinto al de los restantes municipios del país.

Empero, el tema específico relacionado con la carrera administrativa apenas empezó a incidir en la organización del personal vinculado al nivel nacional del Estado, cuando el Gobierno decidió impulsar el mandato constitucional respectivo, proveniente del constituyente de 1957, mediante la expedición de los Decretos 2400 y 3074 de 1968. Fue entonces cuando el nuevo estatuto orgánico de Bogotá o Decreto-Ley 3133 del mis-mo año, simultáneamente quiso que en la capital del país rigiera también la carrera administrativa, pero confiriendo el poder regulador al Concejo Distrital de esa ciudad.

Aquel mandato legal encontró desarrollo en el Acuerdo 12 de 1987, "por el cual se adopta la Carrera Administrativa para la Administración Central en el Distrito Especial de Bogotá".

Vigente la carrera administrativa en los niveles nacional y distrital en la forma como suscintamente se deja expuesto, el legislador de 1992 decidió ampliar su cobertura a los niveles departamental y municipal y, para el efecto, dictó la Ley 27 del mismo año, en la cual remitió a los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, así como a sus complementos posteriores (las Leyes 13 de 1984 y 61 de 1987), con el fin de que sus disposiciones rigieran igualmente en las administraciones seccionales y locales. Pero de este sistema jurídico exceptuó, de modo expreso, a Bogotá, al señalar que los empleos del distrito capital, "continuarán rigiéndose por las disposiciones contenidas en el Acuerdo 12 de 1987..." (*Ibídem,* art. 2o. parágrafo).

Por último, la necesidad de adaptar el estatuto orgánico de Bogotá, proveniente del año de 1968, a los nuevos preceptos de la Carta Política de 1991, llevó al constituyente de este último año a consignar la siguiente disposición transitoria:

> ART.41. Si durante los dos años siguientes a la fecha de promulgación de esta Constitución, el Congreso no dicta la Ley a que se refieren los artículos 322, 323 y 324, sobre régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, el Gobierno, por una sola vez expedirá las normas correspondientes.

Fue entonces cuando, transcurrido el plazo de dos años sin que el Congreso ejerciera sus funciones en la materia mencionada en el artículo transcrito, el Gobierno procedió a expedir el estatuto contentivo del régimen especial para Bogotá, mediante el Decreto 1421 de 21 de julio de 1993; al tratar el tema concernicnte a carrera administrativa, consignó su voluntad en los siguientes términos textuales:

> ART. 126. Son aplicables en el Distrito Capital y sus entidades descentralizadas las disposiciones de la Ley 27 de 1992 en los términos allí previstos, y sus disposiciones complementarias (inciso segundo).

La Sala considera que el anterior mandato del legislador extraordinario de 1993, en materia de carrera administrativa, tiene para el Distrito Capital de Bogotá un doble significado:

a. Amplía la cobertura de la carrera administrativa. Esta carrera, que venía aplicándose únicamente a la administración central por voluntad del estatuto orgánico del año 1968 y del Acuerdo 12 de 1987, en lo sucesivo comprenderá también al sector descentralizado compuesto por los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales, las sociedades de economía mixta y los entes universitarios autónomos (Decreto-Ley 1421 de 1993, art.54). Y,

b. Remite a la Ley 27 de 1992, con el fin de que en la organización administrativa de Bogotá sean aplicadas sus disposiciones "en los términos allí previstos", y además "sus disposiciones complementarias".

La Sala estima que, mientras la voluntad del Congreso (legislador ordinario) al expedir la Ley 27 de 1992 sobre carrera administrativa , consistió en prorrogar la vigencia del Acuerdo 12 de 1987, mediante el cual se regulaba un sistema especial de carrera para la administración central distrital, la intención del Gobierno Nacional (legislador extraordinario), expresada mediante la expedición del Decreto-Ley 1421 de 1993, fue precisamente la contraria: Que la carrera administrativa en el Distrito Capital se rigiera, tanto en el sector central como en el descentralizado, por las normas previstas en la Ley 27 de 1992 y en sus disposiciones complementarias.

En tal forma, no solamente quedó derogado el parágrafo del art. 2o. de esa última ley sino que perdió toda vigencia el Acuerdo Distrital número 12 de 1987, expedido con fundamento en el Decreto-Ley 3133 de 1968, a su vez dictado por el Gobierno en una época en que la Constitución otorgaba a la Ley la atribución de "dictar las normas correspondientes a la carrera administrativa" (Constitución de 1886, art.76, numeral 10).

Como consecuencia, la nueva Ley sobre carrera administrativa para las administraciones nacional, departamental, distrital y municipal (Ley 27 de 1992), que había exceptuado de su cobertura los regímenes especiales de carrera y de manera expresa, el régimen para el Distrito Capital contenido en el Acuerdo 12 de 1987, amplía su campo de aplicación a Bogotá por mandato del Decreto-Ley 1421 de 1993 o estatuto especial para dicha ciudad.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala responde:

1. El artículo 126 del Decreto-Ley 1421 de 1993 derogó el parágrafo del artículo 2o. de la Ley 27 de 1992.

2. Han quedado insubsistentes las disposiciones relativas a la carrera administrativa contenidas en el Acuerdo 12 de 1987, expedido por el Concejo Distrital de Bogotá, sin perjuicio de las situaciones jurídicas constituidas por dicho Acuerdo. Por consiguiente, los empleados del Distrito Capital, tanto del nivel central como del descentralizado, deben regirse por la Ley 27 de 1992 y sus decretos reglamentarios.

En materia disciplinaria, tal como lo sostuvo la Sala en reciente consulta, a dichos empleados les son aplicables las disposiciones del Decreto-Ley 1421 de 1993 y, en lo no previsto en esta norma, las de la Ley 13 de 1984 y su Decreto Reglamentario 482 de 1985.

3. El Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital y el Consejo Distrital del Servicio Civil, perdieron competencia para administrar y vigilar la carrera administrativa de los empleados del Distrito Capital, por mandato del artículo 126 del Decreto-Ley 1421 de 1993 y, por consiguiente, estas funciones deben ser asumidas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a que se refieren los artículos 130 de la Constitución y 12 a 14 de la Ley 27 de 1992.

4. La Comisión Nacional del Servicio Civil puede delegar en el Consejo Distrital del Servicio Civil la función de administrar y vigilar la carrera administrativa de los empleados del Distrito Capital.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República (C.C.A., art.112).

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 27 de junio de 1994, mediante oficio No. 4916.

NOTA DE RELATORIA: La consulta reciente a la que se refiere la Sala es la No. 589 del 24 de marzo de 1994, publicada en este tomo, páginas 64 y ss.

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS–Facturación/**CUENTA DE COBRO**–Envío/**PERIODO DE FACTURACION/PLAZO/SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS**–Exención

Los vocablos "oportuno" y "oportunamente" que utiliza el artículo 12 del Decreto 1842 de 1991, se refieren a que las empresas de servicios públicos domiciliarios deben entregar las cuentas de cobro y los usuarios recibirlas por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de pago, señalada en el correspondiente recibo a cuenta de cobro. Las cuentas de cobro, que deben ser entregadas y recibidas oportunamente, tienen que corresponder al período de facturación del servicio inmediatamente anterior, ya sea mensual o bimestral, en tal forma que la facturación sea también oportuna, es decir, que la facturación solo debe referirse al período anterior. La Sala considera que el estatuto ya citado debe ser aclarado en el sentido de señalar, por una parte, que la empresa solo pueda facturar el valor del servicio correspondiente al período inmediatamente anterior, y, por la otra, determinar el plazo para hacerlo. Por consiguiente, según los artículos 12 y 17 del Decreto 1842 de 1991, los usuarios están exentos de pagar los valores de los servicios Públicos domiciliarios, en los casos siguientes: Cuando la facturación no se efectúe oportunamente, cuando las cuentas de cobro de dichos valores no se envíen en forma oportuna, cuando se cobren valores no facturados por error u omisión en la facturación, salvo si ello se debe a fraude o adulteración.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta sobre servicios públicos domiciliarios cobro de consumos dejados de facturar (art. 12 del Decreto 1842 de 1991). Radicación No. 606.

El Ministro de Gobierno formula a la Sala la siguiente consulta previas las textuales consideraciones:

El Ministro de Gobierno, a solicitud del señor Procurador General de la Nación, desea conocer el criterio del H. Consejo de Estado en relación con el cobro de los consumos dejados de facturar oportunamente por las empresas prestatarias de servicios públicos domiciliarios, por causas a ellas imputables, conforme al Decreto 1842 de 1991.

La Procuraduría General de la Nación, sobre este particular expone:

"Con el fin de lograr un mayor beneficio para los usuarios de los servicios públicos domiciliarios y claridad para las empresas respecto del cumplimiento de sus obligaciones para con los éstos, la Procuraduría considera de vital importancia el concepto de un organismo consultor del Estado sobre la aplicación de los artículos 12 y 17 del Decreto 1842 de 1991.

El mencionado decreto, Estatuto Nacional de Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios, regula el derecho que tiene toda persona a solicitar y obtener los servicios públicos domiciliarios y las condiciones y requisitos para acceder a ellos, al igual que el derecho a reclamar en caso de desconocimiento de los mismos.

En este decreto se consagran tanto los derechos como los deberes del usuario y de las empresas que prestan dichos servicios. Así, se considera que la suscripción a ellos puede clasificarse como un contrato celebrado entre los suscriptores y las empresas, afirmación ésta que encuentra su fundamento en el artículo 1495 del Código Civil, el cual define el contrato como "un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas".

La tipificación de esa relación como contractual no obsta para que jurídica y operativamente ella se desarrolle en forma reglada, conforme tanto a las disposiciones Constitucionales y legales existentes en la materia, como a los reglamentos expedidos por las empresas, en la medida que ellos estén conforme a las normas de grado superior.

Es así como la Empresa se obliga para con el usuario a la prestación oportuna y eficiente del servicio y éste, a su vez, se obliga a cumplir con las condiciones establecidas por la Empresa para que se le pueda prestar dicho servicio en las condiciones anotadas.

En cuanto al artículo 12 (DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA ENTREGA DE LA CUENTA DE COBRO O RECIBO OPORTUNAMENTE), éste en su último inciso dispone: "En caso de no recibirse, perderse o extraviarse la cuenta de cobro, el suscriptor y/o usuario deberá reclamar un duplicado. El hecho de no recibir la cuenta de cobro no libera al suscriptor y/o usuario de la obligación de atender el pago, **salvo que la empresa no haya efectuado la facturación en forma oportuna o no haya enviado las cuentas de cobro oportunamente al suscriptor y/o usuario.**

A su vez, el artículo 17 ("DEL CONSUMO NO REGISTRADO") dispone "Las empresas de servicios públicos domiciliarios **no podrán cobrar volores no facturados por error u omisión en la facturación, excepto en los casos en que se compruebe fraude o adulteración".**

Vemos entonces cómo el artículo 12 del Decreto 1842 de 1991 consagra obligaciones de carácter recíproco, toda vez que dispone deberes y obligaciones tanto para el usuario como para las empresas que presten servicios públicos domiciliarios.

De esta forma los deberes y derechos de las empresas y de los usuarios son los siguientes:

– El usuario tiene derecho a recibir **"oportunamente"** la cuenta de cobro.

– La Empresa tiene la obligación de entregar **"oportunamente"** el recibo.

Dicha oportunidad, se refiere a por lo menos, "cinco" días de "antelación" respecto de la fecha de pago, como se encuentra dispuesto en las normas relativas a la entrega de las facturas a los usuanios.

– El que el suscriptor o el usuario no se encuentren, no exonera a la Empresa de dicha obligación, puesto que en este caso debe dejar el recibo en el sitio de acceso al inmueble.

– Si la empresa no puede despachar los recibos, debe informar con antelación al usuario para que reclame su factura.

– La Empresa debe entregar un duplicado al usuario en caso de no recibirse, perderse o extraviarse la factura.

– El usuario a este respecto sólo tiene una obligación para con la Empresa, atender el pago aunque no haya recibido cuenta de cobro.

Sin embargo, existe una salvedad, **"caso en el cual el usuario se encuentra exonerado del pago y es si la Empresa no ha efectuado oportunamente la facturación o no ha enviado las cuentas de cobro en su oportunidad".**

Con ello queda claro que cuando el usuario no reciba la factura, sólo deberá pagar si la Empresa facturó y si además envió la cuenta en forma oportuna y quedará exonerada del pago únicamente cuando:

a) La Empresa no facturó o no lo hizo oportunamente y,

b) Si la Empresa no envió la factura o cuenta de cobro en forma oportuna.

Se concluye de ello que si la Empresa no cumple con alguna de las condiciones expuestas, el usuario no está obligado a cumplir con el pago.

Sin embargo y dado que el mismo artículo no definió el término "oportunidad", consideramos que sería de gran utilidad que el Consejo de Estado se pronunciara, ésto con el fin de lograr que las empresas de servicios públicos no puedan cobrar valores que no cobraron oportunamente, haciendo verdaderamente gravosa la situación para el usuario, quien en muchas ocasiones debe pagar cuentas exhorbitantes para la acumulación de consumos en una sola factura.

Adicionalmente, debe tenerse presente que la ley dispone que las facturas sean entregadas por lo menos con cinco días de antelación a la fecha de vencimiento del plazo para el pago oportuno, dicho término se encuentra íntimamente ligado al período de consumo, es decir, que los consumos deben cobrarse en el período de consumo, es decir, que los consumos deben cobrarse en el período respectivo y dando un plazo prudencial (5 días) para que el usuario pague.

Debe interpretarse esta norma de manera tal que en ningún caso puedan las empresas cobrar valores no facturados oportunamente, ni siquiera en el caso de la primera factura de cobro del servicio luego de haber sido conectado o instalado, sin poder argumentar en tales casos que sí pueden proceder a ello, por cuanto el no hacer distinción la norma en comento, no corresponde hacerla al intérprete.

Cuando el artículo se refiere a "facturación" se entiende que se trata del proceso de facturación como tal y no de la factura propiamente dicha, por esta razón, no se puede argüir que no hay violación de la norma al cobrar valores no factu rados a tiempo en los casos de cobro de la primera factura del servicio por cuanto no había facturación, pues se estaría desconociendo la intención de la norma de proteger al usuario y más aún, se estaría desconociendo su tenor literal.

La Empresa no puede exigir el cumplimiento de una obligación si por su causa genera al usuario imposibilidad de cumplir, ya que las obligaciones de la Empresa y del usuario son de carácter sucesivo, primero se genera para la Empresa la obligación de facturar y enviar oportunamente la cuenta al usuario y como consecuencia se genera para éste la obligación de pagar.

Esto con mayor razón si el usuario desconoce el valor a pagar y la Empresa no se lo informa oportunamente, a pesar de que en muchos casos éste se acerca a las diferentes empresas a solicitar esta información sin obtener respuesta.

De otra parte las empresas tienen la obligación de facilitar la oportuna cancelación del servicio, para lo cual es indispensable que el usuario tenga en su poder el documento soporte de dicho cobro.

Adicionalmente, el artículo 17 del Decreto 1842 de 1991 dispone el deber de fijar el período por el cual se cobra el consumo, el valor del mismo y las fechas de pago oporturno y es bien sabido que las empresas de servicios públicos facturan generalmente una vez al mes o cada dos meses, según el tipo de servicio.

A este respecto, la Resolución JNT-062 de 1987 dispone que la facturación será mensual o bimestral y que los consumos incluidos en esa facturación deben corresponder con la periodicidad del envío de la factura.

Estos períodos de facturación deben ser respetados por cuanto están reglamentados en normas legales y es deber de las empresas garantizarlos, además de ser parte del contrato de suscripción entre la empresa respectiva y el suscriptor.

Dado lo anterior, urge en primer lugar la definición del término "oportunamente", el cual consideramos debe ser interpretado de acuerdo con los períodos de consumo y facturación regular, es decir, cada mes o cada dos meses según se trate de empresas que facturan consumos mensual o bimestralmente.

No se puede permitir que las empresas, a fin de desatender la oportunidad de cobro, interpreten el último párrafo del artículo 12 del Decreto 1842, pues como se puede observar, el artículo es claro y por tanto no cabe ningún tipo de interpretación por parte de ellas distinta a la literal, dándole un alcance que no tiene y no puede inferirse de su claro tenor literal, buscando con ello simplemente ampliar un plazo legal y reglamentario definido, ya que como bien lo dispone el artículo 27 del Código Civil; "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".

Es decir, que en este caso se atenderá el tenor literal de la norma, que solo exime de pago al suscriptor cuando **"la empresa no haya efectuado la facturación**

en forma oportuna o no haya enviado las cuentas de cobro oportunamente" (destacado fuera de texto) y en los casos en que no se haya prestado efectivamente el servicio, creando para la Empresa la obligación de facturar a tiempo y de enviar las facturas de cobro del servicio oportunamente, so pena de perder su derecho al mismo.

En caso que fuera dable por parte de las empresas interpretar la norma citada, y aclaramos que no lo es, se deberá tener en cuenta siempre que a quien hay que proteger es al usuario y, en tal caso, cualquier interpretación o duda se resolverán en su favor, en especial cuando se trata del Estatuto Nacional de los Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios.

De aceptarse la posición según la cual cabe una interpretación por parte de las empresas distinta a la literal, estaríamos entonces aduciendo la ambigüedad del artículo. Como a nuestro parecer la suscripción es un acuerdo de voluntades que no debe contrariar a la ley (Reglamento de suscriptores, Decreto 1842 de 1991 y demás normas), y como toda cláusula ambigua se resuelve en contra de quien la pactó y a favor de quien no lo hizo, tenemos como consecuencia que cualquier interpretación al respecto, deberá favorecer al usuario.

De todo ello se concluye que si las empresas de servicios públicos domiciliarios cobran más de un período de facturación, ya sea mensual o bimensual, según el caso, están violando en forma manifiesta las normas aludidas en los párrafos anteriores, si dicho cobro tiene origen en error u omisión en la facturación, dejando a salvo el derecho que tienen si la omisión o el error se producen por culpa o dolo del usuario, o como lo dice el artículo citado, por fraude o adulteración.

A todo lo anteriormente expuesto se suma el hecho que la suscripción a los servicios públicos domiciliarios como se dijo anteriormente, es un contrato y como tal conlleva derechos y obligaciones para las partes, desprendiéndose de ello que el incumplimiento de una de ellas exonera a la otra de su obligación de cumplir, de ahí que si la Empresa no cumple su obligación de facturar y enviar oportunamente las cuentas de cobro, el usuario se exonera del pago por los períodos en los cuales se presente dicha circunstancia.

Todo ello con el agravante que al presentarse la situación en que la Empresa cobre, en períodos siguientes, valores no facturados por su culpa en el respectivo período, se hace la prestación del servicio más gravosa para el usuario, toda vez que no es lo mismo pagar uno o dos meses de servicio que pagar varios meses más. Causando así un detrimento o una amenaza patrimonial al usuario, quien en muchos casos no podrá efectuar el pago, dada su incapacidad económica.

Si el incumplimiento de la Empresa causa el incumplimiento del usuario y, a pesar que éste tome acciones tendientes a cumplir (acercarse a la Empresa a

solicitar información sobre el valor a pagar), se hace imposible hacerlo, quedará exonerado del cumplimiento de dicha obligación y la Empresa por consiguiente no podrá cobrar en los siguientes períodos, por cuanto el plazo que tenía para hacerlo expiró y porque generó en el usuario una razonable imposibilidad de cumplir. Sumando a ello que el cobro perdió fuerza ejecutoria debido a que la Empresa no tomó las medidas que le correspondían para hacerlo efectivo, en el término para ello, es decir, que en estos casos se presenta la prescripción del derecho de cobrar.

Reforzando la tesis que la suscripción a los servicios públicos es un contrato que genera obligaciones y derechos para las dos partes, se observa además que por ser contratos en los cuales la Empresa fija las condiciones para la prestación del servicio, sin que le sea dado al suscriptor modificarlas, se debe garantizar a éste una prestación adecuada y eficiente dentro de los mismos términos fijados, con el fin de evitar que dichas empresas abusen de sus derechos y condiciones de privilegio, colocando al usuario en una situación de desventaja e inferioridad.

La situación jurídica del usuario es en parte contractual y en parte reglamentaria, como se desprende de la Constitución misma en su artículo 365.

Las cláusulas de los contratos de suscripción a los diferentes servicios públicos domiciliarios se encuentran preestablecidas por cada una de las empresas que prestan el servicio, adicionalmente, existe una manifiesta desigualdad entre ellas y los suscriptores, debido a la necesidad de contratar de estos últimos.

La desigualdad mencionada se verifica en cuanto que las empresas de servicios públicos generalmente se encuentran en una situación de monopolio, generando así en el suscriptor la necesidad de contratar con ellas, porque de lo contrario no contarán con el servicio básico.

Cuando las empresas cobran valores omitidos en la facturación, hay una manifiesta violación de los artículos 12 y 17 del Decreto 1842 de 1991 y estarían ellas abusando de su situación de privilegio y del estado de necesidad del usuario, razón por la cual el Estado debe pronunciarse en procura de lograr una situación más favorable para éstos y de verificar el cumplimiento de normas que tiendan a su protección. Ello por cuanto conforme a la Carta Política el Estado tiene como uno de sus fines primordiales atender los requerimientos de los servicios públicos.

Es importante tener en cuenta que los principios básicos de la prestación de los servicios públicos domiciliarios están regulados en la Constitución Política de nuestro país y que en cualquier normatividad al respecto se deben atender dichos principios.

Como lo dispone la Carta Fundamental en su artículo 365, "los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado" por lo que "Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio..." y "En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios..."

Cuando se hace referencia a la prestación eficiente de los servicios públicos, se debe considerar que se trata de todo lo relacionado con éstos, es decir, el acceso de todos los ciudadanos a dichos servicios, la regularidad del servicio y aún la oportunidad y forma de cobro, a fin de no causar ningún perjuicio a los usuarios.

El Estado debe asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, ello tiene como razón de ser satisfacer a la comunidad en sus necesidades básicas, de ahí que organismos como la Corte Constitucional se hayan pronunciado en procura de defender dichos intereses.

"La opinión pública cuestiona diariamente la ineficiente prestación de los servicios públicos, en especial de los llamados domiciliarios, pues revelan la importancia que tiene para la paz social el acceso a ellos de todos los colombianos como una obligación del Estado" (Corte Constitucional. Tutela del 3 de noviembre de 1992. Ponente Alejandro Martínez).

"La idea del servicio público es el medio para avanzar rápidamente al Estado social y democrático de Derecho, en forma pacífica y sin traumas para los grupos de intereses que detentan posiciones de ventaja respecto de sectores mayoritarios de la sociedad con necesidades insatisfechas" (Corte Constitucional. Sentencia T 540 del 24 de septiembre de 1992 Exp. 3126. Ponente Eduardo Cifuentes)".

"Los servicios públicos son un derecho de consagración constitucional, su sentido es la satisfacción de necesidades y la protección de los derechos individuales". (Corte Constitucional. Sentencia T 578. Exp. T 1848. Ponente Alejandro Martínez) .

Los servicios públicos deben mantener un nivel de eficiencia aceptable para dar respuesta a las necesidades sociales, sin perjuicio del principio de solidaridad social (Corte Constitucional. Sentencia T 540. Exp. 3126. 24 de septiembre de 1992. Ponente Eduardo Cifuentes).

"No es entonces exótico que la relación jurídica entre usuario y empresa de servicios públicos sea simultáneamente estatutaria y contractual. En materia de servicios públicos domiciliarios, por el contrario, esta es la regla general, debido a que su prestación involucra derechos constitucionales –salud, educación, seguridad social, etc.– y su reglamentación administrativa obedece a intereses

públicos determinados, quedando reservada su gestión, control y vigilancia a los organismos del Estado". (Corte Constitucional. Sentencia T 540 del 24 de septiembre de 1992. Exp. T 3126. Ponente Eduardo Cifuentes).

"El derecho a la igualdad impone entonces el deber de no consagrar un igualitarismo jurídico entre quienes se hallan en diversidad de condiciones fácticas... Desarrollo de ello es el Decreto 1842 de 1991..." (Corte Constitucional. Sentencia T 432 del 25 de junio de 1992. Exp. T 860. Ponente Simón Rodríguez).

De otra parte, los reglamentos de suscriptores de las diferentes empresas deben responder a lo dispuesto por el Decreto 1842 de 1991, cualquier artículo del primero que contraríe lo regulado por el segundo, se entiende derogado, más aun cuando lo dispuesto por el mismo Decreto 1842 de 1991 en su artículo 66 es del siguiente tenor: "El presente decreto regirá a partir de su publicación en el Diario Oficial y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias" (destacado fuera de texto).

Siguiendo la idea expuesta en el párrafo anterior, cuando el reglamento de suscriptores es posterior al Decreto 1842 de 1991, se deberá tener en cuenta, en todo caso, que éste es el Estatuto Nacional de Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios y que por tanto no debe desatenderse lo consagrado en él so pretexto de reglamentarlo para cada tipo de servicio.

Las diferentes empresas de servicios públicos domiciliarios pueden reglamentar la prestación de los servicios que ofrecen, pero nunca desatendiendo, contrariando o restándole importancia a las normas principales que los desarrollan de manera general, como son la Constitución Política y el Decreto 1842 de 1991.

De lo anterior creemos que se concluye claramente que las Empresas de servicios públicos domiciliarios no pueden, invocando su facultad reglamentaria sobre este tipo de servicios y la especialidad de cada uno de ellos, oponerse a la norma general que los desarrolla y que como ya se dijo, busca ante todo la protección de los usuarios de dichos servicios.

De otra parte, en el caso de no cobrar, atendiendo el Decreto 1842, no podrían las empresas alegar un posible enriquecimiento sin causa por parte del usuario quien recibió efectivamente el servicio, dado que cuando se habla de enriquecimiento sin causa, se parte de una premisa muy clara, que dicho enriquecimiento no tiene causa y para estos casos qué más causa que una disposición legal y la propia negligencia de la empresa, quien tuvo oportunidad de cobrar oportunamente y no tomó la decisión de hacerlo?.

Concluimos entonces, que las empresas de servicios públicos domiciliarios no pueden cobrar valores que no cobraron en su oportunidad, ya sea porque no

facturaron a tiempo o por que no enviaron oportunamente las cuentas de cobro y que en estos casos el usuario o el suscriptor se exoneran del pago por expresa disposición legal".

Con fundamento en lo anterior se consulta:

Como deben entenderse los vocablos "oportunamente" y "oportuno", a que se refiere el artículo 12 del Decreto 1842 de 1991, y por ende en qué casos los usuarios de los servicios públicos están exentos del pago de los mismos.

LA SALA CONSIDERA:

1) Según el artículo 365 de la Constitución, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Podrán ser prestados directamente por entidades públicas o indirectamente por comunidades organizadas o por particulares.

2) Por regla general, los servicios públicos domiciliarios se prestan a través de entidades descentralizadas, que celebran un convenio con los usuarios en el que existen obligaciones recíprocas, que consisten por una parte en la prestación eficiente del servicio, y, de otra, en el pago de la tarifa legalmente fijada.

3) En este orden de ideas, se expidió el Decreto 1842 de 1991 (Estatuto Nacional de Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios), en defensa de los usuarios, el cual prevé en su artículo 11 que las cuentas de cobro de los servicios públicos "deberán reflejar el estado de cuenta del suscriptor y/o usuario", cumpliendo además, con los requisitos señalados en dicha norma.

4) A su turno, el artículo 13 *ibídem,* determina la obligación de las empresas de servicios públicos de entregar oportunamente la cuenta de cobro o recibo al suscriptor para que éste pueda cancelar el valor del servicio dentro de los plazos determinados. La misma disposición ordena que dichos recibos se entregarán a los usuarios por lo menos con cinco (5) días de antelación a la fecha de pago oportuno señalada en la cuenta. La empresa está obligada a utilizar todos los mecanismos para que la cuenta de cobro sea entregada al usuario dentro del tiempo indicado. La norma agrega que cuando la cuenta no se reciba, se pierda o extravíe, el suscriptor debe solicitar un duplicado porque "el hecho de no recibir la cuenta de cobro no libera al suscriptor y/o usuario de la obligación de atender su pago" salvo "que la empresa no haya efectuado la facturación en forma oportuna o no haya enviado las cuentas de cobro oportunamente al suscriptor".

5) **La facturación oportuna de los servicios públicos mencionados corresponde a la lectura y registro del consumo del período inmediatamente anterior a la fecha en que debe efectuarse el pago,** bien sea mensual o bimestral,

según se haya establecido por la misma empresa. Una vez realizada la facturación del consumo, la empresa debe enviar las cuentas de cobro previendo que los usuarios las reciban por lo menos con **cinco (5) días hábiles** de antelación a la fecha de pago oportuno señalada en el recibo, para que de este modo, se les permita cumplir con su obligación de pagar en la fecha límite, el valor facturado, sin recargos ni sanciones.

Sin embargo, la Sala observa que el Decreto 1842 de 1991 adolece de falta de claridad en relación con las fechas en que debe efectuarse la facturación dc los diferentes servicios, por lo que considera que **es necesario reformar** este Decreto para determinar la fecha de liquidación del valor de los servicios efectivamente prestados y la fecha de envío del recibo a los usuarios, incluyendo la manera de comprobar la fecha de entrega de la cuenta de cobro.

En la forma indicada, existirá certeza sobre el término dentro del cual deba efectuarse la facturación, para que los usuarios puedan realizar sus pagos también en forma oportuna dentro de los límites que las empresas les señalen en las cuentas de cobro.

6) De lo anterior se infiere que cuando las empresas de servicios públicos domiciliarios incumplan sus obligaciones de facturar y de enviar las cuentas de cobro oportunamente, los usuarios quedan exonerados de la obligación de efectuar los pagos de los consumos tardíamente cobrados.

7) Según las anteriores observaciones, entre los suscriptores de servicios públicos y las empresas que los prestan, existen **convenios** con obligaciones recíprocas, regulados por el Decreto 1842 de 1991 y por los estatutos de las respectivas entidades, en los que debe señalarse con toda claridad los términos y períodos de facturación para que tanto el usuario como la empresa tengan certidumbre sobre el momento de hacer la facturación, enviar el recibo de cobro y la fecha de pago del valor del servicio, todo de conformidad con el artículo 64 del Decreto 1842 de 1991.

La facturación y el recibo de pago son mecanismos de cobro que la empresa debe utilizar para determinar el valor del servicio efectivamente prestado. De este modo, de conformidad con el artículo 12 del Decreto 1842 de 1991, esa facturación debe ser oportuna, lo mismo que el envío de la cuenta de cobro, para que los usuarios sepan, con certeza y a tiempo, cuál es el valor del consumo y cuándo deben cancelarlo.

Corrobora esta circunstancia lo establecido en el artículo 17 del Decreto 1842 de 1991, al disponer que las empresas no pueden "cobrar valores no facturados por error u omisión en la facturación, excepto en los casos en que se compruebe fraude o adulteración". Esto quiere decir, que si las empresas de servicios han efectuado la facturación y enviado las cuentas de cobro, no pueden incrementar después el valor de los consumos, a pesar de que verifiquen que hubo equivocación u omisión porque la oportunidad para facturar el valor del servicio ya precluyó.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala responde:

1.– Los vocablos "oportuno" y "oportunamente" que utiliza el artículo 12 del Decreto 1842 de 1991, se refieren a que las empresas de servicios públicos domiciliarios deben entregar las cuentas de cobro y los usuarios recibirlas por lo menos **con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de pago,** señalada en el correspondiente recibo o cuenta de cobro.

Las cuentas de cobro, que deben ser entregadas y recibidas oportunamente, tienen que corresponder al período de facturación del servicio inmediatamente anterior, ya sea mensual o bimestral, en tal forma que la facturación sea también oportuna, es decir, que la facturación sólo debe referirse al período anterior.

La Sala considera que el estatuto ya citado debe ser aclarado en el sentido de señalar, por una parte, que la empresa solo pueda facturar el valor del servicio correspondiente al período inmediatamente anterior, y, por la otra, determinar el plazo para hacerlo.

2.– Por consiguiente, según los artículos 12 y 17 del Decreto 1842 de 1991, los usuarios están exentos de pagar los valores de los servicios públicos domiciliarios, en los casos siguientes:

a) Cuando la facturación no se efectúe oportunamente.

b) Cuando las cuentas de cobro de dichos valores no se envíen en forma oportuna.

c) Cuando se cobren valores no facturados por error u omisión en la facturación, salvo si ello se debe a fraude o adulteración .

Transcríbase en sendas copias auténticas a los señores Ministro de Gobierno y Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala (E); *Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón, Marino Jaramillo Echeverri,* Conjuez.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 30 de junio de 1994, mediante oficio No. 905.

NOTA DE RELATORIA: La Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de servicios públicos domiciliarios fue promulgada en el Diario Oficial No. 41.433 del 11 de julio de 1994. Los artículos 147 y siguientes regulan la facturación.

SECCION PRIMERA

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA–Improcedencia/**AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA/RECURSO DE REPOSICION**

Contra el auto por medio del cual se admite demanda, proferido por el ponente –la situación es diferente cuando lo profiere la Sala o Sección en razón de existir solicitud de decreto de suspensión provisional, caso en el cual existirá el de apelación o el de reposición, según se trate de providencia dictada por un Tribunal o por una de las secciones de esta Corporación–, procede exclusivamente, por tratarse de un auto de trámite, el recurso de reposición. En otras palabras, que decidido ese recurso, que, se repite, es el único procedente, no hay lugar a otro recurso, como, por ejemplo, el recurso de súplica ordinaria, que, por lo demás, tampoco es subsidiario o subsiguiente a aquél, como reiteradamente lo ha expresado la jurisprudencia de esta Corporación. Tampoco se podría interponer recurso de reposición contra la providencia que decide el recurso de reposición, salvo que, como lo expresa el artículo 348 del C. de. P.C., aplicable en esa materia por remisión expresa del C.C.A. (art. 180, inciso 2o.) contenga puntos no decididos en el anterior.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafe de Bogotá, D.C., abril catorce (14) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2267. Actor: Diego Buitrago Flórez.

La firma "COMPAÑIA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.", parte demandada-impugnadora dentro del proceso de la referencia, ha interpuesto el recurso

ordinario de SUPLICA contra la providencia dictada por la Sala Unitaria del señor Consejero, doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, con fecha once (11) de marzo del presente año, en cuanto por ella se denegó el recurso de reposición que ejercitara contra el auto admisorio de la demanda promovida por Diego Buitrago Flórez.

Los argumentos que expone para sustentar el precitado recurso de súplica, constan en el memorial visible a folios 89 a 95 del expediente.

Para resolver, se considera:

I. Conforme a lo reglado por el artículo 183 del C.C.A., en la forma como quedó después de su subrogación por el artículo 39 del Decreto 2304 de 1989, "El recurso de súplica procederá en todas las instancias contra los autos **interlocutorios** proferidos por el ponente" (se subraya).

II. Por el contrario, el recurso de reposición, en los términos del artículo 180 *ib.*, "procede contra los autos de trámite que dicte el ponente y contra los interlocutorios dictados por las Salas del Consejo de Estado o por los tribunales cuando no sean susceptibles de apelación".

III. El auto por el cual el ponente admite la demanda es, según la doctrina y la jurisprudencia, un simple auto de trámite, ya que se limita a darle impulso al proceso. Por el contrario, el que rechaza la demanda –no el que la admite– es un auto interlocutorio.

IV. Como consecuencia o resultado de lo anterior, se tiene, entonces, que contra el auto por medio del cual se admite la demanda, proferido por el ponente –la situación es diferente cuando lo profiere la Sala o Sección en razón de existir solicitud de decreto de suspensión provisional, caso en el cual existirá el de apelación o el de reposición, según se trate de providencia dictada por un Tribunal o por una de las secciones de esta Corporación– procede exclusivamente, por tratarse de un auto de trámite, el recurso de reposición. En otras palabras, que decidido ese recurso, que, se repite, es el único procedente, no hay lugar a otro recurso, como, por ejemplo, el recurso de súplica ordinaria, que, por lo demás, tampoco es subsidiario o subsiguiente a aquél, como reiteradamente lo ha expresado la jurisprudencia de esta Corporación. Tampoco se podría interponer recurso de reposición contra la providencia que decide el recurso de reposición, salvo que, como lo expresa el artículo 348 del C. de P.C., aplicable en esa materia por remisión expresa del C.C.A. (art. 180, inciso 2o.) contenga puntos no decididos en el anterior.

En conclusión: el recurso de reposición que el apoderado de la demandada-impugnadora interpuso contra el auto que admitió la demanda, y que se decidió por el ponente, era el único procedente contra dicho proveído. Lo decidido sobre dicho recurso de reposición no es objeto de ninguna otra clase de recurso, como por ejemplo,

el de súplica que ahora ocupa la atención de la Sala, o el de reposición, salvo que al decidirse el primero de esta naturaleza se contemplen puntos no decididos en el anterior.

En consecuencia, el recurso de súplica interpuesto es improcedente.

Por lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA,

RESUELVE:

DENIEGASE por improcedente el recurso de súplica interpuesto contra la providencia de fecha once (11) de marzo del presente año.

COPIESE. NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO Y DEVUELVASE AL DESPACHO DE ORIGEN.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL DISTRITO–Inexistencia/ **SANTAFE DE BOGOTA, D.C.**–Régimen Aplicable/**ALCALDE DISTRITAL**–Facultades/**CONCEJO DISTRITAL**–Facultades/**ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEL DISTRITO CAPITAL**–Naturaleza Jurídica

Se infiere, sin lugar a dudas, que las empresas de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, Distrital de Servicios Públicos –EDIS– y de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá, no tienen el carácter de Empresas Industriales y Comerciales del Distrito, por lo cual al haberles otorgado los actos acusados tal carácter, sin que se requiera entrar en disquisiciones profundas, permite *prima facie* observar que se está variando su naturaleza jurídica, sin que interese si era esa o no la intención del Ejecutivo, variación ésta que compete efectuar al Concejo Distrital en desarrollo de la facultad de crear, suprimir o fusionar las entidades del orden Distrital, según los mandatos de los artículos 12 numeral 9o. y 55 del Decreto 1421 de 1993, normas éstas citadas como infringidas y que, constituyen el régimen especial del Distrito Capital en razón de lo normado en los artículos transitorio 41 y 322 de la Carta, lo cual hace que en materia de atribuciones del Consejo y del Alcalde del Distrito Capital primen sobre las disposiciones contenidas en los artículos 313 y 315 *ibídem.* DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de la expresión: "... que tiene el carácter de empresa industrial y comercial del Distrito...", contenida en el artículo 1o. de los Decretos 465 de 19 de agosto, 467 de 19 de agosto, 476 de 24 de agosto y 480 de 27 de agosto, todos de 1993, expedidos por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, D.C.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafe de Bogotá, D.C., abril catorce (14) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2842. Recurso de apelación contra el auto de 25 de noviembre de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: Antonio Bustos Esguerra.

Corresponde decidir el recurso de apelación interpuesto por el actor, en su calidad de Personero del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, contra el proveído de la referencia, por el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dispuso negar la suspensión provisional del artículo 1o. de los siguientes Decretos: 465 de 19 de agosto, 467 de 19 de agosto, 476 de 24 de agosto y 480 de 27 de agosto, todos del año de 1993, expedidos por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, D.C.

I–. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Para denegar la medida precautelativa, consideró el *a-quo,* en síntesis, lo siguiente:

1–. Con toda claridad, conforme lo transcribe el demandante, en el artículo 1o. de los Decretos acusados se lee que:

> "La Junta Directiva de la Empresa... que tiene el carácter de Empresa Industrial y Comercial del Distrito, estará integrada por...".

2–. Por el hecho de que el señor Alcalde haga alusión a que las Empresas de Acueducto y Alcantarillado, Aseo, Energía Eléctrica y de Teléfonos o Telecomunicaciones, tienen el carácter de Empresas Industriales y Comerciales del Distrito, a primera vista no se observa la manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión provisional, ya que su intención no es cambiar su naturaleza, pues su finalidad no es otra que determinar la composición de sus Juntas Directivas y la forma de designación de sus miembros, de modo que corresponde entonces resolver tal asunto en el fallo de fondo y no en la medida solicitada.

II–. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Finca el recurrente su inconformidad a través de los siguientes argumentos, los cuales pueden resumirse así:

1–. El artículo 313 numeral 6o. de la Constitución Política otorga la facultad al Cabildo Distrital, de crear, a iniciativa del Alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.

El artículo 12 numeral 9o. del Estatuto de Bogotá, otorga también al Cabildo Distrital la facultad de crear, suprimir y fusionar establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta y la participación del Distrito en otras entidades de carácter asociativo, de acuerdo con las normas que definan sus características.

2–. La Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 1o. de octubre de 1969, al estudiar la demanda de inexequibilidad de algunos artículos del Decreto Ley 3133 de 1968, consideró que la facultad de crear comprende obviamente la de suprimir, modificar, fusionar o alterar en cualquier otra forma la existencia de establecimientos públicos y empresas. Luego, si el Ejecutivo Distrital mediante un Decreto Distrital le da carácter de empresas industriales y comerciales a unas entidades que fueron creadas mediante Acuerdo como establecimientos públicos, es clara y manifiesta la transgresión a la norma constitucional aludida.

En igual sentido se pronunció el salvamento de voto del Magistrado doctor Ernesto Rey Cantor.

3–. No se discute la facultad del Ejecutivo de definir la composición de las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas y por ello sólo se pretende la nulidad y suspensión provisional de la expresión que le da carácter de empresas industriales y comerciales a unos establecimientos públicos.

La atribución de los Concejos de creación de entidades es reiterada en el artículo 55 del Estatuto de Bogotá.

4–. Es claro que la iniciativa le corresponde al Alcalde, luego, previo a la expedición de los Decretos acusados, el Gobierno Distrital debió presentar la iniciativa al Cabildo Distrital a fin de que se efectuara la transformación en forma legal.

5–. Al señalar los Decretos demandados el carácter de empresa industrial o comercial omitió el procedimiento que debía cumplirse en el Cabildo Distrital para la transformación o modificación de los establecimientos públicos, por lo cual también se infringe el artículo 164 inciso 2o. del Decreto 1421 de 1993.

III–. LA DECISION

Para resolver se considera:

Asiste razón al recurrente y, en consecuencia, habrá de revocarse el proveído apelado. En efecto, de los documentos públicos que obran en el proceso (folios 19 a 96 cuaderno No. 1), se infiere, sin lugar a dudas, que las Empresas de Acueducto y

Alcantarillado de Bogotá, Energía de Bogotá, Distrital de Servicios Públicos –EDIS– y de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá, no tienen el carácter de Empresas Industriales y Comerciales del Distrito, por lo cual al haberles otorgado los actos acusados tal carácter, sin que se requiera entrar en disquisiciones profundas, permite *prima facie* observar que se está variando su naturaleza jurídica, sin que interese si era esa o no la intención del Ejecutivo, variación esta que compete efectuar al Concejo Distrital en desarrollo de la facultad de crear, suprimir o fusionar las entidades del orden Distrital, según los mandatos de los artículos 12 numeral 9o. y 55 del Decreto 1421 de 1993, normas éstas citadas como infringidas y que (según lo ha reiterado esta Corporación en diversos pronunciamientos, entre ellos en providencia de 10 de marzo del presente año, dentro del expediente no. 2651, actor: José Cipriano León C.) constituyen el régimen especial del Distrito Capital en razón de lo normado en los artículos transitorio 41 y 322 de la Carta, lo cual hace que en materia de atribuciones del Concejo y del Alcalde del Distrito Capital primen sobre las disposiciones contenidas en los artículos 313 y 315 ibídem.

Por lo anterior, hay lugar a decretar la suspensión provisional de los efectos de la expresión "... que tiene el carácter de empresa industrial y comercial del Distrito...", contenida en el artículo primero de los Decretos 465 de 19 de agosto, 467 de 19 de agosto, 476 de 24 de agosto y 480 de 27 de agosto, todos de 1993, expedidos por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, D.C.

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

RESUELVE:

REVOCASE el proveído apelado en su punto 2o. y, en su lugar, se dispone: DECRETASE la suspensión provisional de los efectos de la expresión: "... que tiene el carácter de empresa industrial y comercial del Distrito...", contenida en el artículo primero de los Decretos 465 de 19 de agosto, 467 de 19 de agosto, 476 de 24 de agosto y 480 de 27 de agosto, todos de 1993, expedidos por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, D.C.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

NOTA DE RELATORIA: Contra el auto anterior se interpuso el recurso extraordinario de súplica radicado S-377 en el Despacho de la Doctora CONSUELO SARRIA OLCOS, el cual fue resuelto desfavorablemente el siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES– Naturaleza/**ACTO ADMINISTRATIVO/CONTROL JURISDICCIONAL/ CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA RESIDUAL/SUSPENSION PROVISIONAL**

Los Decretos expedidos con base en el artículo transitorio 20 de la Constitución Política, en razón de la autoridad que los profiere: el Gobierno Nacional, son ACTOS ADMINISTRATIVOS. Cosa diferente es que por su contenido material tengan la misma fuerza o entidad normativa de la Ley. Al atribuirle a esta Corporación la Carta Política la competencia residual en el artículo 237 numeral 2o. para juzgar esos Decretos, tal juzgamiento supone necesariamente el trámite consagrado en las disposiciones del C.C.A., las cuales contemplan la medida de suspensión provisional cuando se reúnan los requisitos a que alude el artículo 152 del mismo. Es indiscutible, entonces, que los Decretos originados en el artículo transitorio 20 son ACTOS ADMINISTRATIVOS y contra los mismos cabe la medida precautoria de que trata el artículo 238 de la Carta Política. DENIEGA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de la expresión "a más tardar el 31 de diciembre de 1993" contenida en el artículo 160 del Decreto 2171 de 1992.

MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE–Reestructuración/ **DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES–** Temporalidad

La Sala rectificó la posición que sostuvo inicialmente en el sentido de que la función de modificar o adecuar la estructura interna y la planta de personal de la Administración Central corresponde de manera permanente al Gobierno, para lo cual no requiere de autorización expresa ni la indicación de término alguno para su ejercicio, por mandato del

artículo 189 ordinal 14 de la Carta, en concordancia con el artículo 75 del Decreto Ley 1042 de 1978. Así el plazo a que se refiere el artículo 160 tiene que ver con la adecuación de la estructura interna y de la planta de personal del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y sus entidades adscritas y vinculadas. DENIEGA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de la expresión "a más tardar el 31 de diciembre de 1993" contenida en el artículo 160 del Decreto 2171 de 1992.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expedientes acumulados Nos. 2339, 2344, 2368 y 2528. Actores: Armando Novoa García y otros.

Decretada la acumulación de los procesos de la referencia, y para reponer la actuación procesal anulada, decide la Sala el recurso de reposición interpuesto oportunamente por la apoderada de la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transporte en el expediente No. 2339, contra el auto de 6 de agosto de 1993, en cuanto en su punto 2o. decretó la suspensión provisional de los efectos de la expresión "a más tardar el 31 de diciembre de 1993", contenida en el artículo 160 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 que le confiere el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

I–. EL AUTO RECURRIDO

Sostuvo esta Sección, en lo pertinente, lo siguiente:

> "... Para la Sala el cargo del actor es atendible y debe, en consecuencia, decretarse la medida precautoria de la expresión "a más tardar el 31 de diciembre de 1993" contenida en el expresado artículo 160, dado que, como lo ha sostenido esta Corporación en varios pronunciamientos, el Gobierno excedió el plazo previsto en el precepto constitucional transitorio para fijar la planta de personal del Ministerio de Transportes y sus entidades adscritas y vinculadas, atribución ésta que es un desarrollo o consecuencia de las facultades de reestructurar, fusionar o suprimir, conferidas al Gobierno y que debía ejercer éste en el término perentorio e improrrogable de dieciocho meses..." (folio 163).

II–. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Se aducen, en esencia, los siguientes argumentos:

1o): En el caso de un Ministerio o un Departamento Administrativo, la reestructuración, o sea, la modificación de la norma orgánica del mismo, se realiza durante el término de los 18 meses señalados por el artículo 20 transitorio de la Constitución Política. Lo que realmente hace el Gobierno no es darse facultades extraordinarias que prorroguen este término, sino establecer un plazo para que en ejercicio de las facultades permanentes que le confiere el artículo 189 numeral 14 de la Carta, realice las adecuaciones de personal que como consecuencia de la reestructuración deberían efectuarse en la planta.

En el caso de las entidades descentralizadas el fenómeno es similar. El plazo que fija el Gobierno en el Decreto, no es para extender las facultades otorgadas por la Asamblea Constituyente para reformarlas, sino que es una orden de carácter metodológico para las Juntas o Consejos de las mismas, por él presididos, con el fin de que expidan sus estatutos y plantas de personal dentro de un término, con base en las facultades permanentes que para ello le confieren los Decretos Leyes 1050 y 3130 de 1968.

Si se tiene en cuenta que el Ejecutivo reunía todas las competencias –la del Legislativo y la propia– y que transcurrido el plazo de 18 meses regresaron a su titular permanente, debe concluirse que la facultad de modificar la planta de personal retornó al Gobierno.

El artículo 160 demandado no amplía, entonces, el término para efectuar la reestructuración del Ministerio, sino que, simplemente, alude a la facultad ordinaria para realizar los cambios internos necesarios en virtud de la reforma.

En otras palabras, la norma que se quiere suspender provisionalmente no regula "facultades excepcionales" sino competencias ordinarias propias del Gobierno.

Aunque para ejercerlas el Decreto acusado señaló un término, como una meta para hacer efectiva la modernización del Ministerio, lo hizo sin perjuicio de que posteriormente el Gobierno pudiera reformar la planta de personal, en virtud de su facultad permanente.

2o): Incompetencia del Consejo de Estado para suspender provisionalmente los Decretos expedidos por el Gobierno en virtud del artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

Esos Decretos no son Extraordinarios ni Reglamentos Autónomos, sino se trata de verdaderas leyes en el sentido material.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 238 de la Carta, el Consejo de Estado puede suspender provisionalmente únicamente actos administrativos del Gobierno, no actos que tienen carácter de Ley, en sentido material, como son los Decretos expedidos con base en las facultades otorgadas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

En consecuencia, aunque la competencia residual le confiere al Consejo de Estado el numeral 2o. del artículo 237 de la Carta para conocer de los Decretos expedidos con base en el artículo transitorio 20, el artículo 238 no le permite la suspensión provisional de actos que no sean administrativos. Solo podrá suspender actos administrativos del Gobierno cuando se reúnan los requisitos del artículo 152 del C.C.A.

3o): Ausencia de los requisitos para decretar la suspensión provisional.

El artículo 152 del C.C.A. establece los requisitos que deben concurrir para que la entidad jurisdiccional declare la suspensión provisional de un acto administrativo.

Al hacer la comparación del artículo 20 transitorio de la Constitución Política con el artículo 160 del Decreto 2171 de 1992, se puede apreciar:

La norma constitucional ordena al Gobierno reestructurar, suprimir y fusionar entidades de la rama Ejecutiva, mientras que el Decreto acusado se refiere a que el Ministerio adecuará la estructura interna y la planta de personal, atribuciones esencialmente diferentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Decreto 2171 de 1992 no está extendiendo el término de la facultad constitucional pues se refiere a competencias y autoridades distintas.

En efecto, una cosa es reestructurar una entidad, para lo cual se había dado un mandato constitucional obligatorio, y otra, darle su estructura interna y planta de personal, facultad otorgada al Gobierno Nacional por el numeral 14 del artículo 189 de la Constitución Política, como se explicó en el punto primero.

La norma constitucional atribuye facultades al Gobierno Nacional, mientras el artículo 160 del Decreto precisa el término durante el cual el Gobierno ejercerá sus propias atribuciones.

Mientras la norma constitucional establece un término de 18 meses, el Decreto acusado establece uno de 12. Son términos diferentes, el segundo se cumplirá a partir de la verificación del primero. La reestructuración realizada durante los 18 meses conduce a que se ajusten la estructura interna y la planta de personal durante los 12 meses siguientes.

La suspensión provisional es una medida de carácter excepcional y, en consecuencia, de interpretación restrictiva, lo cual impide que se extienda su aplicación a normas

que no tienen la naturaleza de acto administrativo, hecho que implica que no esté permitida por la Ley.

III–. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1–. La censura planteada por la recurrente, sobre la incompetencia de esta Corporación para suspender provisionalmente los Decretos expedidos por el Gobierno en virtud del artículo transitorio 20 de la Constitución Política, no tiene vocación de prosperidad por las siguientes razones:

Como lo ha venido sosteniendo la Sala en varios pronunciamientos, los Decretos expedidos con base en el artículo transitorio 20 de la Constitución Política, en razón de la autoridad que los profiere: el Gobierno Nacional, son ACTOS ADMINISTRATIVOS. Cosa diferente es que por su contenido material tengan la misma fuerza o entidad normativa de la ley.

Al atribuirle a esta Corporación la Carta Política la competencia residual en el artículo 237 numeral 2o. para juzgar esos Decretos, tal juzgamiento supone necesariamente el trámite consagrado en las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, las cuales contemplan la medida de suspensión provisional cuando se reúnan los requisitos a que alude el artículo 152 del mismo.

Es indiscutible entonces, que los Decretos originados en el artículo transitorio 20 son ACTOS ADMINISTRATIVOS y contra los mismos cabe la medida precautoria de que trata el artículo 238 de la Carta Política.

2–. Respecto del aspecto de fondo, cabe precisar lo siguiente:

En el auto recurrido se ordenó la suspensión provisional de la expresión "a más tardar el 31 de diciembre de 1993", contenida en el artículo 160 del Decreto 2171 de 30 de diciembre de 1992, porque excedió el término de 18 meses previsto en el artículo transitorio 20 para llevar a cabo la reestructuración.

Sobre el particular, cabe observar que la Sala rectificó la posición que sostuvo inicialmente, como en efecto lo hizo en sentencia de 9 de septiembre de 1993 (Expediente No. 2309, Actor Juan Manuel Arrieta Herrera y otro, Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez), en el sentido de que la función de modificar o adecuar la estructura interna y la planta de personal de la Administración Central (Ministerios, Departamentos Administrativos, Unidades Administradoras Especiales, etc.) corresponde de manera permanente al Gobierno, para lo cual no requiere de autorización expresa ni la indicación de término alguno para su ejercicio, por mandato del artículo 189 ordinal 14 de la Carta (que corresponde al 120 ordinal 21 de la anterior), en concordancia con el artículo 75 del Decreto Ley 1042 de 1978.

La consideración enunciada constituye razón suficiente para que se revoque la medida de suspensión provisional recurrida, y así se hará en la parte resolutiva de este proveído, dado que el plazo a que se refiere el artículo 160 tiene que ver con la adecuación de la estructura interna y de la planta de personal del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y sus entidades adscritas y vinculadas.

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

RESUELVE:

REVOCASE el punto 2o. del auto de 6 de agosto de 1993, y, en su lugar, se dispone: DENIEGASE la suspensión provisional de los efectos de la expresión "a más tardar el 31 de diciembre de 1993" contenida en el artículo 160 del Decreto No. 2171 de 1992 acusado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL/IGUALDAD ANTE LA LEY/GOBIERNO NACIONAL–Facultades

Los efectos de tránsito a cosa juzgada constitucional sólo son predicables respecto del contenido material de las normas concretamente declaradas inexequibles, lo cual no cabe predicarse en este caso, cuya competencia para avocar su conocimiento ha sido expresamente atribuida a esta Corporación por el artículo 237-2 de la Carta Política. El desconocimiento del principio de igualdad de todas las personas ante la Ley sólo sería susceptible de predicarse en el asunto *sub-júdice* en la medida en que en el mismo Decreto 2112 de 1992, o en los demás expedidos con fundamento en las atribuciones conferidas por el articulo transitorio 20 de la Carta Política, se consagrasen disposiciones discriminatorias respecto de la misma materia regulada por el acto acusado, y en ningún momento debido a que otras normas que fueron dictadas bajo diferentes circunstancias histórico-jurídicas hayan establecido un régimen diferente al consagrado en dicho acto, como lo alega el demandante. Para dar cumplimiento al mandato conferido por el artículo transitorio 20 de la Carta Política, el Gobierno Nacional bien podía apartarse de las regulaciones laborales previstas en otras normas de igual jerarquía a los Decretos expedidos con fundamento en dicha disposición constitucional, como el acusado.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejo Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2570. Actor: Pablo José Acuña Fergusson.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada por el ciudadano Pablo José Acuña Fergusson, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., con la finalidad de que se declare la nulidad del artículo 98 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.

I–. ANTECEDENTES

a.– El acto acusado

Es el citado artículo 98 del Decreto 2112 de 29 de diciembre de 1992, el cual se transcribe a continuación:

> "Artículo 98: INCOMPATIBILIDAD CON LAS PENSIONES. Los empleados públicos a quienes se les suprima 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 podrán 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 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".

b.– Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El actor formula los siguientes cargos en contra del acto acusado, con fundamento en las razones que se resumen a continuación, expresadas en la demanda y en el alegato de conclusión (fls. 81 a 90 y 155 a 163):

Primer cargo.–El artículo 98 del Decreto 2112 de 1993 contradice ostensiblemente la sentencia proferida por la Corte Constitucional el 13 de agosto de 1992, mediante la cual se declaró la inexequibilidad del Decreto 1660 de 1991, "por el cual se establecen sistemas especiales de retiro del servicio mediante compensación pecuniaria y se dictan otras disposiciones", en una de cuyas normas (artículo 17) se consagraba la compatibilidad entre el pago de la indemnización y el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, pues a pesar de que en ella la Corte se abstuvo de hacer comentario alguno sobre la declaratoria de inexequibilidad del citado artículo, ello obedeció, no a su inconstitucionalidad sino a que "... una de las características del Decreto 1660 de 1991 es su unidad normativa, tanto formal como material, lo cual significa que todo lo que afecta a alguna de sus partes repercute en el cuerpo íntegro de la norma". En efecto,

en dicha sentencia la Corte advierte "'... que este fallo no implica un beneplácito para que el Ejecutivo, con miras a la reducción de la planta de personal al servicio del Estado proceda a efectuar despidos masivos sin indemnización, ya que lo hallado contrario a los principios y preceptos de la Carta no son las indemnizaciones en sí mismas sino el sistema concebido en el Decreto materia de examen en su integridad, en cuanto atenta de manera flagrante contra las garantías consagradas a favor de los trabajadores, según lo dicho en esta providencia'".

Como se observa de lo anterior, la citada motivación guarda relación directa con la parte resolutiva de la sentencia, sin la cual sería totalmente incomprensible la decisión adoptada y permite concluir "... que la parte motiva o enunciativa de la sentencia en comento GOZA DE LA FUERZA DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL, si se quiere implícita, pero de todas maneras OBLIGATORIA para todas las autoridades del país, y ha debido ser tenida en cuenta por la máxima autoridad administrativa al expedir la norma cuya nulidad se pretende" (mayúsculas del actor), pues como lo expresó la Corte Constitucional en sentencia de 1o. de abril de 1993, "... gozan de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, en tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión de aquéllos".

En cuanto a los argumentos de la parte demandada, a los cuales se hará referencia más adelante, el actor manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

a) Si bien el acto acusado se expidió en desarrollo de un artículo transitorio de la Carta Política, "... ello no implica que al Ejecutivo se le permita desacatar abiertamente la doctrina de la Corte Constitucional".

b) A pesar de que el Decreto 1660 de 1991, se expidió con base en facultades extraordinarias y el Decreto 2112 de 1992 en desarrollo de una norma transitoria de la Carta, "... la naturaleza y objeto de ellos es la misma: reducción de la planta de personal al servicio del Estado".

c) Si bien el Consejo de Estado y la Corte Constitucional ejercen sus funciones en forma autónoma e independiente, "... en un Estado de Derecho como el nuestro, se han concebido estas dos instituciones como salvaguardia de nuestra (sic) sistema legal y por lo tanto deben complementarse en sus gestiones, aplicando unas y otras, indiscriminadamente, la doctrina en busca de la unidad jurisdiccional".

Segundo cargo.– Violación del artículo 13 de la Carta Política, pues mientras que a los empleados del Ministerio de Hacienda que se acogieron al plan de retiro establecido en el Decreto 1660 de 1991 se les pagó la correspondiente indemnización así tuvieran causado el derecho a la pensión de jubilación, a quienes se les suprimió el cargo como consecuencia de la reestructuración dispuesta por el Decreto 2112 de 1992 "... se les despidió sin indemnización, sin sueldo y sin tramitar sus respectivas pensiones

de jubilación, simplemente porque ya tenían adquirido el derecho a la pensión. No existe ninguna razón válida para esta discriminación".

De otra parte, tampoco puede hablarse de igualdad ante la ley cuando, en virtud de lo dispuesto por el artículo 113 de la Ley 21 de 1992, a los empleados del Congreso que se retiraron del servicio les fue pagada la correspondiente indemnización, así hubieran tenido derecho a la pensión de jubilación por edad y tiempo de servicio.

Además, el acto acusado viola los mandatos del artículo 13 de la Constitución al permitir que se desvincularan empleados que se encontraban en manifiesta circunstancia de debilidad o inferioridad por su condición física (edad) y por haber trabajado durante toda una vida (más de 20 años con el Estado). El Estado también los ha debido proteger en su condición económica por ser personas de la tercera edad, que al ser desvinculadas de sus empleos sin el pago de la correspondiente indemnización, deberán sortear la vida en condiciones muy difíciles o precarias.

Tercer cargo.– Violación del artículo 1o. de la Ley 33 de 1985, pues mientras que la pensión de jubilación y la indemnización no se excluyen debido a que tienen características intrínsecas diferentes, el acto acusado obliga a los funcionarios del Ministerio de Hacienda que no habían cumplido 60 años a retirarse del servicio para ser jubilados, sin su consentimiento escrito y voluntario y sin que se les compense o indemnice por ello. "... sin tener en cuenta la misiva que le habían dirigido al Ministro de Hacienda en donde expresaban que 'nos acogemos a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, toda vez que deseamos seguir trabajando'".

c.– 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. 122 a 126 y 140 a 154):

En relación con el primer cargo.– Como quiera que la acción de nulidad persigue invalidar un precepto por inconformidad con otro de superior jerarquía, resulta improcedente pretender la anulación de una norma con rango de ley por supuesta infracción a una sentencia de la Corte Constitucional, pues además de que el contenido del acto acusado no es contrario a la Constitución, los Decretos 2112 y 1660 de 1992 son de distinta naturaleza, causa y tribunal competente para su control.

Si bien lo resuelto en las sentencias es de obligatorio cumplimiento, en cuanto a que la norma declarada nula o inexequible es inaplicable, las consideraciones o motivación de la misma son tan sólo criterio auxiliar para los jueces en los demás casos, pues ellos deben tomar sus decisiones en forma independiente, según el artículo 230 de la Constitución.

Por último, "... no es cierto que el artículo 98 del Decreto 2112 de 1992 establezca una desvinculación sin indemnización. Lo que establece es una incompatibilidad entre la pensión de jubilación y las indemnizaciones, basada en un principio de equidad y en una prohibición constitucional. La primera, porque no es admisible que la persona desvinculada que tiene derecho a recibir erogaciones del Estado sea además bonificada, mientras que las demás sólo reciben una de estas; y la segunda, porque nadie puede recibir más de una asignación del tesoro nacional, según el artículo 128 constitucional".

En relación con el segundo cargo.– No se viola el principio de igualdad, pues "... no son comparables las normas ordinarias de retiro compensado en la Rama Legislativa con los Decretos que dieron cumplimiento al artículo transitorio 20 de la Constitución".

Ahora bien, "... la desvinculación de los empleados del Ministerio de Hacienda, en desarrollo del artículo transitorio 20, en todos los casos prevé unas erogaciones que compensan, indemnizan o sustituyen la remuneración derivada de la desvinculación. De esta forma, la persona no soporta cargas públicas sin una adecuada compensación".

Por último, el acto acusado realiza el artículo 128 de la Carta, que prohíbe a una persona recibir más de una asignación del Tesoro Público.

En relación con el tercer cargo.– No es posible oponer normas legales a decretos con rango de ley, pues lo que allí opera es el fenómeno de la derogatoria o de la regulación especial, de preferente aplicación frente a la regulación ordinaria.

De otra parte, los empleados con derecho a pensión de jubilación reciben el mismo trato que los demás, pues pueden ser desvinculados por causa de la reestructuración del Ministerio de Hacienda. "Lo que no puede aceptarse, es la existencia de unos empleados privilegiados en razón a su derecho a la pensión a quienes debe pedirse su consentimiento para la desvinculación y otros que son desvinculados por orden del Constituyente. Sería tanto como condicionar parte de la reestructuración al consentimiento de unos trabajadores, en franca violación del principio que ordena que el interés privado ceda ante el interés público".

d.– La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 20 de agosto de 1993 se dispuso la admisión de la demanda y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 100 a 106).

Mediante providencia de 26 de noviembre de 1993 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las solicitadas por la parte actora (fls. 134 a 136).

Dentro del término de traslado para alegar de conclusión, las partes hicieron uso de tal derecho y la Agente del Ministerio Público guardó silencio.

II.– CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como quiera que luego de haber ingresado el proceso al Despacho del Consejero Ponente para la elaboración del respectivo proyecto de fallo, la parte demandada, en memorial presentado el 24 de febrero de 1994, solicita "...se declare COSA JUZGADA la solicitud de la demanda y que se esté a lo resuelto en reciente sentencia de 18 de febrero..." del mismo año, recaída dentro del expediente No. 2321, actor Oscar José Dueñas Ruiz, en la que esta Corporación por intermedio de su Sección Primera se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 98 del Decreto 2112 de 1992, cuya declaratoria de nulidad reclama el actor, la Sala, por razones de índole metodológico, se pronunciará sobre dicha solicitud en el análisis de cada uno de los cargos formulados en la demanda.

En relación con el primer cargo, y en lo referente a la mencionada petición de la parte demandada, la Sala observa que, de conformidad con lo previsto por el inciso segundo del artículo 175 del C.C.A., la sentencia proferida por esta Sección el 18 de febrero de 1994, en la cual se denegó la declaratoria de nulidad del artículo 98 del Decreto 2112 de 1992, entre otras disposiciones, no produce efectos de cosa juzgada, toda vez que la *"causa petendi"* en que se basa la acusación no fue "juzgada" en dicha providencia, vale decir, que al no haberse invocado como fundamento de la pretensión anulatoria, sobre ella no se pronunció esta Corporación.

Ahora bien, luego del correspondiente estudio del cargo, la Sala considera que carece de vocación de prosperidad, pues como lo anotó en el auto admisorio de la demanda, y reitera en esta oportunidad, "... el alegado desacato del fallo de la Corte Constitucional, que cita el actor en sustento de la medida, resulta de imposible ocurrencia en el asunto bajo análisis, en la medida en que los efectos de tránsito a cosa juzgada constitucional sólo son predicables respecto del contenido material de las normas concretamente declaradas inexequibles, lo cual no cabe predicarse en este caso, cuya competencia para avocar su conocimiento ha sido expresamente atribuida a esta Corporación por el artículo 237-2 de la Carta Política".

En relación con el segundo cargo, y luego de la lectura de la aludida sentencia de 18 de febrero de 1994, la Sala, habida cuenta que en ella se analizó y concluyó acerca de que el artículo 98 acusado no atenta contra la debida protección que la Carta Política garantiza en favor de la tercera edad, considera que respecto de dicha acusación formulada por el actor, deberá estarse a lo resuelto en dicho fallo, en el cual se expresó lo siguiente:

"*En relación con el decimoprimer cargo,* en el cual se alega que el artículo 98 acusado, en cuanto consagra la incompatibilidad entre la pensión de jubilación y las indemnizaciones o bonificaciones, atenta contra la debida protección que la Carta Política garantiza en favor de la tercera edad, la Sala considera que tampoco está llamado a prosperar, pues, como ya lo ha reiterado esta Corporación '... la circunstancia de diferenciar para efectos de reconocer y pagar indemnización o bonificación a los empleados que al momento de la supresión de su empleo tengan o no causado el derecho a una pensión... (...) ... no implica discriminación por las razones a que se refiere el postulado de igualdad consagrado en el citado artículo 13 de la Constitución. Además, obsérvese que en este caso no se encuentra en la misma situación el empleado a quien se le suprime el cargo como consecuencia de la reestructuración de la entidad y en el momento de dicha supresión tenga causado el derecho a una pensión, de aquél que en circunstancia similar no tiene derecho causado a gozar de esta prestación' (sentencia de 20 de enero de 1994, Consejero Ponente doctor Miguel González Rodríguez, Exp. No. 2455).

"Adicionalmente, la Sala considera que si bien el artículo 46 de la Carta Política consagra el deber del Estado de concurrir a la protección y asistencia de la tercera edad, ello no puede interpretarse válidamente en el sentido de que esa circunstancia los habilite para recibir más de una asignación del Tesoro Público, lo cual prohíbe expresamente y sin distingos el artículo 128 *ibídem*".

De otra parte, la Sala considera que el desconocimiento del principio de igualdad de todas las personas ante la ley sólo sería susceptible de predicarse en el asunto *sub-júdice* en la medida en que en el mismo Decreto 2112 de 1992 o en los demás expedidos con fundamento en las atribuciones conferidas por el artículo transitorio 20 de la Carta Política se consagrasen disposiciones discriminatorias respecto de la misma materia regulada por el acto acusado, y en ningún momento debido a que otras normas que fueron dictadas bajo diferentes circunstancias histórico-jurídicas hayan establecido un régimen diferente al consagrado en dicho acto, como lo alega el demandante.

Por último, la Sala considera que el acto acusado tampoco atenta contra el deber del Estado de proteger "... especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta...", pues no es posible sostener válidamente, ni existe prueba en el proceso que lo demuestre, que quienes tengan consolidado el derecho a una pensión se encuentren en la señalada circunstancia.

En relación con el tercer cargo, en el cual se plantea la violación del artículo 1o. de la Ley 33 de 1985, la Sala considera que no tiene vocación de prosperidad, pues como esta Corporación lo ha reiterado, para dar cumplimiento al mandato conferido por el artículo transitorio 20 de la Carta Política, el Gobierno Nacional bien podía apartarse

de las regulaciones laborales previstas en otras normas de igual jerarquía a los Decretos expedidos con fundamento en dicha disposición constitucional, como el acusado.

En consecuencia, de acuerdo con las anteriores consideraciones, no prosperan los cargos planteados.

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.– En relación con la solicitud de declaratoria de nulidad del artículo 98 del Decreto 2112 de 1992, bajo el cargo de que atenta contra la debida protección que la Constitución Política garantiza en favor de la tercera edad:

Estése a lo dispuesto por esta Sección en sentencia de 18 de febrero de 1994, expediente No. 2321, actor: Oscar José Dueñas Ruiz.

Segundo.– DENIEGANSE las súplicas de la demanda, en relación con los demás cargos planteados.

Tercero.– Devuélvase la suma depositada para gastos del proceso o su remanente.

Cuarto.– En firme esta sentencia, comuníquese a los señores Ministros y Director de Departamento Administrativo que firmaron el acto demandado, y archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

EMCOPER–Reestructuración/**GOBIERNO NACIONAL**–Facultades/**SUPRESION DE EMPLEOS**

De conformidad con el texto del Decreto, antes que reestructurar a EMCOPER S.A., la intención del Gobierno Nacional al expedir el acto que ahora se acusa fue la de suprimir dicha empresa como sociedad de economía mixta del orden nacional, en ejercicio de la competencia conferida en el artículo transitorio 20 de la nueva Constitución. Las facultades de reestructurar, suprimir o fusionar llevan implícita la de supresión de cargos y empleos y que cuando el expresado precepto constitucional transitorio autorizó al Gobierno para ejercitar las referidas atribuciones, de antemano lo estaba facultando para suprimir los cargos o empleos que demandaran las necesidades del servicio, sin perjuicio obviamente de que en virtud de las decisiones adoptadas en tal sentido se compensara el daño que se pudiera inferir al trabajador o empleado que resultara privado de su cargo o empleo, a través del pago de indemnizaciones o bonificaciones.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2409 - Decretos del Gobierno. Actora: Janeth Velásquez Mejía.

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., la actora de la referencia solicita la nulidad por inconstitucionalidad del 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.".

NORMAS QUE SE CITAN COMO VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Del escrito de la demanda se deduce que la actora considera que con la expedición del acto acusado se violan, además del transitorio 20, los artículos 101, 102, 150 numerales 9, 11, 12 y 18; 189 numerales 14 y 20; 332, 338, 345, 346 y 347 de la Constitución Nacional; y, el derecho al trabajo.

Respecto de algunas de las normas citadas como transgredidas se expresa en el libelo el concepto de la violación que la Sala sintetiza así:

A pesar de que el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional facultó al Gobierno para que durante el término de dieciocho meses suprimiera, fusionara o reestructurara las entidades de la organización central, el Decreto acusado en su artículo primero concede un plazo adicional de un año para reestructurar a EMCOPER S.A., lo cual excede las facultades otorgadas en el mencionado artículo.

El artículo transitorio 20 no facultó al Gobierno para disponer de los bienes del Estado a ningún título y sin embargo, el artículo 2o. del Decreto 2144 de 1992 contempla la enajenación de acciones o cuotas sociales del Estado y sus entidades descentralizadas, de EMCOPER S.A.

El Gobierno al ejercer las facultades debió considerar la evaluación y recomendaciones de la Comisión Asesora establecida en el artículo transitorio 20 de la Carta Política.

El Decreto acusado contempla la supresión de empleos y el traslado de trabajadores oficiales, modifica el régimen salarial, prestacional, indemnizatorio y la seguridad social de estos servidores, para lo cual no estaba facultado.

Se adoptan también en el acto impugnado, regímenes de indemnización para los trabajadores vinculados a las actuales plantas de personal cuyos cargos sean suprimidos, que, además de atentar contra la estabilidad laboral, representan en la práctica "despidos masivos comprados".

El Gobierno no tenía facultades para crear obligaciones y gastos a cargo del Tesoro Público y sin embargo los crea en los artículos 2, 8, 14, 15 y 16 del Decreto impugnado.

RAZONES DE LA DEFENSA

Las expone la señora apoderada de la Empresa de Comercialización de Productos Perecederos "EMCOPER S.A.", y de la Nación –Ministerio de Agricultura–, tanto en la contestación de la demanda (folios 59 a 97), como en el alegato de conclusión (folios 148 a 218).

La defensa, con el objeto de desvirtuar los cargos, en sus intervenciones hace algunas consideraciones de tipo jurídico y jurisprudencial, acerca de los siguientes aspectos:

Antecedentes, naturaleza y alcance del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional.

Requisitos de los Decretos expedidos por el Gobierno en cumplimiento de las órdenes del constituyente.

Entidades y organismos sujetos de las órdenes contenidas en el artículo transitorio 20.

Alcances de las facultades conferidas al Gobierno mediante el ordenamiento constitucional transitorio ya citado.

Estado Social en la Constitución de 1991.

De todas esas consideraciones, la defensa a la luz de la jurisprudencia sentada al respecto concluye que el decreto acusado no viola la Constitución Nacional porque:

– La fijación del plazo contenido en el artículo 1o. no constituye una prórroga de las facultades del artículo transitorio 20, en tanto que las normas tendientes al cese de la participación del Estado en EMCOPER S.A., se adoptaron dentro del término previsto en el ordenamiento constitucional.

– La cesación de la participación de las entidades estatales en la sociedad EMCOPER S.A., representa la supresión de la misma y como consecuencia la transferencia de las acciones.

Por disposición expresa de la Constitución, facultades que de ordinario reposan en el Congreso fueron trasladadas por un término preciso al Gobierno Nacional.

La Comisión Asesora analizó y estudió los proyectos de Decreto que el Gobierno sometió a su consideración. Sin embargo, las recomendaciones de la Comisión no tienen carácter obligatorio para el Gobierno Nacional.

El Decreto 2144, prevé una serie de disposiciones laborales en las que se incluyen indemnizaciones y bonificaciones para aquellas personas cuyos empleos sean suprimidos. La facultad de suprimir empleos estaba contenida dentro de la orden impartida por el artículo transitorio 20.

La causa que genera la supresión de empleos y los despidos de los empleados que son objeto de indemnización se basa en el principio constitucional del interés general y constituye el cumplimiento de una norma constitucional.

Las personas cuyos cargos sean suprimidos en virtud de la reestructuración serán indemnizadas o recibirán bonificaciones con lo cual se les restablecen los perjuicios causados.

Finalmente, el Decreto 2144, emanado del artículo transitorio 20, tiende a hacer más eficiente la administración pública a nivel nacional, con el fin de que pueda cumplir mejor sus objetivos de servicio a la comunidad, haciendo verdadera presencia en el territorio nacional.

Durante el traslado para alegar de conclusión la representante del Ministerio Público guardó silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Sea lo primero advertir que respecto del Decreto 2144 de 1992, aquí acusado, ya la Sala se pronunció mediante fallo de 12 de noviembre de 1993, dentro del proceso No. 2392, en el cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

Sin embargo, y como quiera que en esta oportunidad se citan como violadas normas diferentes y se exponen distintos conceptos de violación, la Sala se ocupará de los cargos que ahora se hacen contra el acto acusado.

El acto demandado, esto es, el Decreto 2144 de 30 de diciembre de 1992 está dividido en tres capítulos con disposiciones perfectamente delimitadas unas de otras. El primero determina el cese de una participación; el segundo contiene las disposiciones laborales transitorias atinentes a ese cese de la participación y a las consecuentes indemnizaciones; y, el tercero contiene las disposiciones varias que se reducen a dos: las autorizaciones presupuestales y la vigencia del Decreto.

La determinación principal, respecto de la cual las demás son meramente secuencias lógicas, está contenida en el capítulo primero, cuyo único artículo dispone:

"**ARTICULO 1o. Cese de Participación.**– De conformidad con las normas estatutarias y legales correspondientes, la Nación –Ministerio de Agricultura, el

Instituto de Mercadeo Agropecuario - IDEMA, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente - INDERENA, dejarán de participar en la Empresa de Comercialización de Productos Perecederos - EMCOPER, S.A., dentro de un plazo no mayor de un (1) año contado a partir de la vigencia del presente decreto".

El primer cargo que le endilga la actora al Decreto es el de violar el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, en la medida en que, según ella, concede un plazo adicional de un año para reestructurar a EMCOPER S.A., cuando las facultades establecen el de dieciocho meses.

Al respecto, observa la Sala que de conformidad con el texto del Decreto, antes que reestructurar a EMCOPER S.A., la intención del Gobierno Nacional al expedir el acto que ahora se acusa fue la de suprimir dicha empresa como sociedad de economía mixta del orden nacional, en ejercicio de la competencia conferida en el artículo transitorio 20 de la nueva Constitución.

En cuanto al plazo, la Sala, como en otras ocasiones, estima que el señalado en la disposición acusada tiene como objetivo la ejecución de la medida adoptada y que no constituye una ampliación del término de dieciocho meses previsto en el artículo constitucional. Lo que se advierte es que el mencionado plazo de un año que consagra la norma impugnada es independiente y por lo tanto no guarda relación con el de dieciocho meses previsto en el ordenamiento transitorio, en razón a que la decisión de que el Ministerio de Agricultura, el IDEMA, la Caja Agraria y el Inderena, dejen de participar en EMCOPER S.A., fue tomada dentro del referido término, lo que se infiere de la fecha de expedición del Decreto. Sólo que se previó que los efectos de la misma, como era apenas natural, no se produjeran inmediatamente, lo cual no resulta contrario a lo establecido en la disposición transitoria.

Por las razones anteriores y dada la rectificación que en este sentido ha hecho la Sala, tendría que levantarse la suspensión provisional que se decretó en relación con 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 acusado.

El segundo cargo está dirigido contra el artículo segundo del Decreto 2144 de 1992 por cuanto en criterio de la demandante contempla la enajenación de acciones o cuotas sociales del Estado y sus entidades descentralizadas, para lo cual no estaba facultado el Gobierno. En este sentido se consideran transgredidos los artículos 101, 102, 150 numerales 9 y 18 y 332 de la Constitución Nacional.

En lo que respecta a esta censura en la demanda no se expresa el concepto de la violación, circunstancia esta que releva a la Sala de hacer mayores consideraciones al respecto.

Sin embargo, no ve la Sala cómo el Decreto 2144 pudo haber transgredido los artículos 101, 102, 150 numeral 18 y 332 de la Constitución Nacional, cuando de lo que allí se trata es de los límites y conformación del territorio colombiano, de los bienes públicos y del subsuelo y los recursos renovables y de las normas sobre apropiación o adjudicación y recuperación de tierras baldías, respectivamente, materias estas ajenas a la tratada en el acto impugnado.

Ahora, en lo que respecta a la presunta violación del artículo 150 numeral 9 de la Carta Política, según el cual corresponde al Congreso de la República hacer las Leyes y ejercer entre otras las funciones de conceder autorización al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales, habría que decir, como en otras oportunidades, que los Decretos que expide el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, por las materias que regula, que son las mismas que la Carta le atribuye al Congreso (art. 150 numeral 7), tienen naturaleza legislativa, solo que por estar inhabilitado el legislador ordinario para ejercerlas, en razón de la revocatoria de su mandato, le fueron asignadas transitoria y excepcionalmente al Gobierno.

Significa lo anterior que los actos que dicta el Presidente de la República en ejercicio de tales facultades tienen la misma fuerza o entidad normativa que la Ley y por lo tanto a través de ellos podía dictar las mismas normas, para cuya expedición está habilitado el Congreso.

Se dice en el tercer cargo que el Gobierno al expedir el Decreto acusado ha debido considerar la evaluación y recomendaciones de la Comisión Asesora. En relación con este aspecto de los elementos de juicio allegados al proceso se deduce que el Decreto acusado fue considerado por la Comisión Asesora, según consta en el Acta No. 8 correspondiente a la sesión del 25 de noviembre de 1992.

Por lo demás, sobre este particular la Sala en diversos pronunciamientos ha sostenido que la finalidad buscada por el Constituyente en el artículo transitorio 20, fue la de que expertos en Derecho Administrativo, en virtud de sus autorizados conceptos en la materia, asesoraran, sugirieran, ilustraran o aconsejaran al Gobierno en la tarea asignada, pero de ninguna manera las evaluaciones de dicha comisión podían ser de obligatorio cumplimiento para éste, pues de considerarse así quien vendría a asumir las facultades allí previstas habría sido aquélla y no el Gobierno Nacional, único destinatario previsto en la norma transitoria para llevarlas a efecto.

En relación con la supuesta violación del derecho al trabajo, otro de los cargos formulados en este proceso contra el Decreto 2144 de 1992, la Sala en diversos pronunciamientos ha reiterado que la voluntad del Constituyente plasmada en el artículo transitorio 20, no es más que el desarrollo del principio preconizado en el artículo 1o. de la Carta de que Colombia es un Estado Social de Derecho fundamentado en la

prevalencia del interés general, prevalencia esta que debe observarse siempre en el proceso que implica el ejercicio de las atribuciones de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades del Estado para conseguir el fin último de ponerlas en consonancia con los mandatos de la nueva Carta Fundamental y en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

Por ello, ha entendido que las facultades de reestructurar, suprimir o fusionar llevan implícita la de supresión de cargos y empleos y que cuando el expresado precepto constitucional transitorio autorizó al Gobierno para ejercitar las referidas atribuciones, de antemano lo estaba facultando para suprimir los cargos o empleos que demandaran las necesidades del servicio, sin perjuicio obviamente de que en virtud de las decisiones adoptadas en tal sentido se compensara el daño que se pudiera inferir al trabajador o empleado que resultara privado de su cargo o empleo, a través del pago de indemnizaciones o bonificaciones.

Así lo interpretó la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la inexequibilidad de algunas normas del Decreto 1660 de 1991, cuando expresó:

> "... El Estado, en el sentir de la Corte, debe asumir la tarea de adecuar su estructura a las circunstancias que hoy le exigen eficiencia y celeridad en el cumplimiento de las múltiples responsabilidades que le competen...".
>
> "... Nada de lo dicho podría cumplirse a cabalidad sin un aparato estatal diseñado dentro de claros criterios de mérito y eficiencia, para lo cual no resulta necesario su excesivo tamaño ni un frondoso árbol burocrático, sino una planta de personal debidamente capacitada y organizada de forma tal que garantice niveles óptimos de rendimiento...".
>
> "... Para hacerlo, el Gobierno dispone, entre otros instrumentos, de las atribuciones que le otorga el artículo transitorio 20 de la Constitución Política...".
>
> "... De allí que, si fuere necesario que el Estado por razones de esa índole, elimine el empleo que ejercía el trabajador inscrito en carrera, como podría acontecer con la aplicación del artículo transitorio 20 de la Carta, sería también indispensable indemnizarlo para no romper el principio de igualdad con las cargas públicas (artículo 13 C.N.) en cuanto aquél no tendría obligación de soportar el perjuicio, tal como sucede también con el dueño del bien expropiado por razones de utilidad pública. En ninguno de los dos casos la licitud de la acción estatal es óbice para el resarcimiento del daño causado". (Sentencia C-479 de agosto 13 de 1992, Magistrados Ponentes, Dres. José Gregorio Hernández G. y Alejandro Martínez C.).

Así mismo en varios pronunciamientos, entre otros en sentencia de 9 de septiembre de 1993, expediente No. 2309, actor Juan Manuel Arrieta y otra, y de 11 de

noviembre del mismo año, expediente No. 2451, actora María Consuelo Trujillo García, la Sala ha expresado:

> "De otra parte, el artículo 125 de la Carta Política además de las causales de retiro de un cargo o empleo que allí consagra, se remite a "las demás causales previstas en la constitución o la ley" y como quiera que los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional en ejercicio de la atribución prevista en el artículo transitorio 20, como ya se dijo, tienen la misma fuerza o entidad normativa que la LEY, podían regular como causal de retiro la supresión de cargos o empleos, como consecuencia de la reestructuración, fusión o supresión".

Finalmente, se impugna el Decreto porque al parecer de la libelista, el Gobierno sin estar facultado para ello crea obligaciones y gastos a cargo del Tesoro Público.

Este cargo tampoco tiene vocación de prosperidad, pues tal como también lo ha expresado esta Sala frente a censuras similares, el Gobierno Nacional, tal como lo prescribe el artículo 189 numeral 14 de la Carta, puede crear con cargo al Tesoro obligaciones siempre y cuando no excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales, aspecto este último que no ha sido probado en el proceso.

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

FALLA:

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

LEVANTESE la suspensión provisional decretada en el numeral 2o. del auto de fecha 4 de junio de 1993.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

DAS–Reestructuración/**GOBIERNO NACIONAL**–Facultades/**SUPRESION DE EMPLEOS**

Las facultades de reestructurar, suprimir o fusionar llevan implícita la de supresión de cargos y empleos y que cuando el expresado precepto constitucional transitorio autorizó al Gobierno para ejercitar las referidas atribuciones, de antemano lo estaba facultando para suprimir los cargos o empleos que demandaran las necesidades del servicio, sin perjuicio obviamente de que en virtud de las decisiones adoptadas en tal sentido se compensara el daño que se pudiera inferir al trabajador o empleado que resultara privado de su cargo o empleo, a través del pago de indemnización o bonificaciones.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2594 - Decretos de Gobierno. Actor: José Antonio Galán Gómez.

Procede la Sala a proferir sentencia de única instancia dentro de la acción de nulidad propuesta por el actor de la referencia contra los artículos 66 a 80 y 95 del Decreto 2110 de diciembre 29 de 1992, "Por el cual se reestructura el Departamento Administrativo de Seguridad", dictado por el Presidente de la República con la firma del Ministro de Hacienda y Crédito Público y de los Jefes de los Departamentos Administrativos de Seguridad y de la Función Pública, en ejercicio de las facultades que le confirió el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional.

LA DEMANDA

En ella se citan como normas violadas, las contenidas en los artículos 1, 55, 188, 189, 200, 209, 210, 211, 250-7, 356 a 364 y transitorio 20 de la Constitución Nacional.

Los cargos que el demandante esgrime contra el Decreto 2110 de 1992 son los siguientes:

El Decreto se halla viciado de nulidad por haber sido expedido con desviación de poder, en razón a que no se cumplió con el fin señalado en el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional consistente en "poner la entidad en consonancia con los mandatos de la reforma constitucional, y en especial con la redistribución de recursos y competencias que ella establece". No se observa por parte alguna que el Gobierno busque la descentralización de la entidad y que la adecue con la redistribución de recursos económicos y competencias territoriales.

Los artículos 68, 69 y 95 del acto acusado violan el artículo transitorio 20 de la Carta por haber sido expedidos con extralimitación de funciones y falta de competencia en razón a que se dictó por fuera del plazo de los 18 meses establecidos para el efecto.

Los artículos 66 a 80, se hallan viciados de nulidad por inconstitucionalidad, extralimitación de funciones, abuso de poder, pues contemplan normas laborales transitorias que establecen indemnizaciones y bonificaciones, para lo cual no estaba facultado el Gobierno Nacional por el artículo transitorio 20 de la Carta. Para establecer las indemnizaciones el Gobierno está facultado por el artículo 8o. de la Ley 27 de 1992, hoy reglamentado por el Decreto 1223 de 1993.

RAZONES DE LA DEFENSA

Fueron expuestas por la apoderada del Departamento Administrativo de Seguridad en los términos que se sintetizan a continuación:

Por orden del artículo transitorio 20 debía fusionarse, suprimirse o reestructurarse cualquier entidad para amoldarla, es decir, ponerla en consonancia con la nueva Carta, lo cual hizo el Gobierno respecto de aquellas que no respondían a los fines sociales del Estado.

Cuando el artículo transitorio 20 transcribió literalmente la expresión "en especial" no excluyó la posibilidad de adecuar las instituciones con los restantes mandatos contenidos en el Preámbulo y los 380 artículos, entre los cuales cobran singular importancia la prevalencia del interés general, la garantía y efectividad de los principios, derechos y deberes, los principios rectores de la función administrativa, la presunción de buena fe y el concepto del Estado Social de Derecho.

Las modificaciones introducidas al DAS, se relacionan en lo fundamental con el apoyo que debe brindar a la Administración de Justicia que compete al Estado de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 250 de la Constitución Nacional, dado su carácter de organismo de seguridad, con el fortalecimiento de la dirección general de inteligencia, y con el soporte logístico para el cumplimiento de las labores de policía judicial, protección, seguridad y extranjería.

Con la reestructuración del DAS, en lo pertinente a los apoyos técnicos y operativos que debe prestar a la administración de justicia, se está contribuyendo al cumplimiento de los fines esenciales del Estado, a la prevalencia del interés general, a la primacía de los derechos de la persona y la familia, a la convivencia, la justicia, la libertad y la paz dentro de un marco democrático, jurídico y participativo, como así lo señala el preámbulo de la Constitución de 1991.

Si bien, la facultad de reestructurar corresponde al Congreso de la República de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150-7 de la Carta, esa facultad la trasladó la Asamblea Nacional Constituyente al Ejecutivo, para llevarla a cabo en el término de 18 meses.

La reestructuración se refiere a la modificación de la norma orgánica de la Entidad objeto de ella, mas no a su planta de personal ni a su adecuación interna. Pretender que dentro del plazo de 18 meses el Gobierno creara, suprimiera o fusionara los empleos, consecuencia lógica y necesaria de una reestructuración, equivale a legalizar funciones que son por su naturaleza administrativas.

La estabilidad como derecho del trabajador no puede convertirse en limitante del interés general, puesto que tampoco es un derecho absoluto.

Si tanto la supresión como la creación de empleos eran una consecuencia necesaria en los procesos de reestructuración, también lo era que el Gobierno adoptara al mismo tiempo las medidas indispensables para indemnizar y no romper el principio de igualdad en relación con las cargas públicas.

Finaliza su intervención la demandada proponiendo la excepción de Inepta demanda, "por no haber expuesto el accionante el concepto de la violación de los artículos de la Constitución Política que considera violados, a excepción del 20T".

El Ministerio Público no rindió concepto en el presente caso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En primer término, anota la Sala que la excepción propuesta en este asunto por la parte demandada, no está llamada a prosperar porque si bien es cierto que la demandante cita como violados los artículos 1, 55, 188, 189, 200, 209, 210, 211, 150-7,

356 a 364 de la Constitución Nacional, sin que respecto de ellos exprese concepto de violación alguno, también lo es que sí emite éste en relación con la presunta violación del artículo transitorio 20 del mismo estatuto, circunstancia que obliga a la Sala a ocuparse del caso planteado, solo que en relación únicamente con el ordenamiento constitucional transitorio, respecto del cual sí se cumple el requisito establecido en el artículo 137 numeral 4 del C.C.A. consistente en manifestar los motivos de la transgresión de la norma citada como violada.

En consecuencia, la Sala se referirá a cada uno de los cargos en el mismo orden en que fueron formulados en la demanda.

En relación con el primer cargo, la Sala, frente a censuras iguales, ha estimado que no le asiste razón al actor y en consecuencia habrá de desestimarse, dado que, de una parte, como lo ha manifestado esta Corporación en reiteradas oportunidades, la consonancia a que se contrae el artículo transitorio 20 no se circunscribe exclusivamente a la redistribución de competencias y recursos que la Constitución establece, pues aun cuando sí quiso el Constituyente hacer énfasis en ello cuando empleó la expresión "y en especial", esto no significa que la reestructuración, fusión o supresión de las entidades mencionadas en aquél deba girar únicamente en torno de dicho aspecto, entre otras, por cuanto la reforma constitucional no versó solamente sobre tal tópico sino que abordó otras materias de vital importancia para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

De otra parte, del texto de los artículos 3o. y 6o. del Decreto enjuiciado que señalan los objetivos y funciones del Departamento Administrativo de Seguridad, se infiere que con la reestructuración de la Entidad se propugna por la seguridad interior y exterior del Estado; por la colaboración entre las autoridades de la República especialmente con aquellas que administran justicia y por el cumplimiento de las normas legales, en guarda de los intereses nacionales y de los derechos de las personas, todo lo cual armoniza con los postulados del Preámbulo de la Carta y con las finalidades previstas en la norma transitoria.

En el segundo cargo se refiere la parte actora a lo dispuesto en los artículos 68, 69 y 95 del Decreto acusado, según los cuales los programas de supresión de empleos y adopción de la planta de personal necesarios en la reestructuración de la entidad, deben llevarse a cabo por la autoridad competente dentro del plazo de tres meses contados a partir de la vigencia del Decreto.

Al respecto, la Sala ha considerado (sentencia de septiembre 9 de 1993, expediente No. 2309) que las funciones que en tal sentido se le confieren a las directivas de la entidad, son de naturaleza diferente a las otorgadas al Gobierno mediante el artículo transitorio 20 de la Carta. Responden a funciones de carácter administrativo que en

forma permanente ejercen las autoridades competentes en cada caso, para adecuar la estructura interna y la planta de personal a las decisiones de reestructurar, fusionar o suprimir que previamente se hubieren adoptado en desarrollo del precepto constitucional transitorio.

Por la razón anterior, la indicación del plazo contenido en las normas acusadas, para que las autoridades competentes ejecuten las decisiones adoptadas, ha de entenderse circunscrita al fin específico de los efectos de la reestructuración ordenada en el Decreto, dentro del plazo de los 18 meses de que da cuenta el artículo transitorio 20 de la Carta.

En relación con el tercero y último cargo, consistente en la nulidad del acto acusado por haber sido dictado con extralimitación de funciones y abuso de poder en razón de que allí se establecen indemnizaciones y bonificaciones para lo cual no estaba autorizado el Gobierno, la Sala en diversos pronunciamientos ha reiterado que la voluntad del Constituyente plasmada en el artículo transitorio 20, no es más que el desarrollo del principio preconizado en el artículo 1o. de la Carta de que Colombia es un Estado Social de Derecho fundamentado en la prevalencia del interés general, prevalencia esta que debe observarse siempre en el proceso que implica el ejercicio de las atribuciones de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades del Estado para conseguir el fin último de ponerlas en consonancia con los mandatos de la nueva Carta Fundamental y en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

Por ello, ha entendido que las facultades de reestructurar, suprimir o fusionar llevan implícita la de supresión de cargos y empleos y que cuando el expresado precepto constitucional transitorio autorizó al Gobierno para ejercitar las referidas atribuciones, de antemano lo estaba facultando para suprimir los cargos o empleos que demandaran las necesidades del servicio, sin perjuicio obviamente de que en virtud de las decisiones adoptadas en tal sentido se compensara el daño que se pudiera inferir al trabajador o empleado que resultara privado de su cargo o empleo, a través del pago de indemnizaciones o bonificaciones.

Así lo interpretó la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la inexequibilidad de algunas normas del Decreto 1660 de 1991, cuando expresó:

> "... El Estado, en el sentir de la Corte, debe asumir la tarea de adecuar su estructura a las circunstancias que hoy le exigen eficiencia y celeridad en el cumplimiento de las múltiples responsabilidades que le competen...".
>
> "... Nada de lo dicho podría cumplirse a cabalidad sin un aparato estatal diseñado dentro de claros criterios de mérito y eficiencia, para lo cual no resulta necesario

su excesivo tamaño ni un frondoso árbol burocrático, sino una planta de personal debidamente capacitada y organizada de forma tal que garantice niveles óptimos de rendimiento...".

"... Para hacerlo, el Gobierno dispone, entre otros instrumentos, de las atribuciones que le otorga el artículo transitorio 20 de la Constitución Política...".

"... De allí que, si fuere necesario que el Estado por razones de esa índole, elimine el empleo que ejercía el trabajador inscrito en carrera, como podría acontecer con la aplicación del artículo transitorio 20 de la Carta, sería también indispensable indemnizarlo para no romper el principio de igualdad con las cargas públicas (artículo 13 C.N.) en cuanto aquél no tendría obligación de soportar el perjuicio tal como sucede también con el dueño del bien expropiado por razones de utilidad pública. En ninguno de los dos casos la licitud de la acción estatal es óbice para el resarcimiento del daño causado". (Sentencia C-479 de agosto 13 de 1992. Magistrados Ponentes, Dres. José Gregorio Hernández G. y Alejandro Martínez C.).

Así mismo en varios pronunciamientos, entre otros en sentencia de 9 de septiembre de 1993, expediente No. 2309, actor Juan Manuel Arrieta y otra, y de 11 de noviembre del mismo año, expediente No. 2451, actora María Consuelo Trujillo García, la Sala ha expresado:

"De otra parte, el artículo 125 de la Carta Política además de las causales de retiro de un cargo o empleo que allí consagra, se remite a "las demás causales previstas en la Constitución o la Ley" y como quiera que los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional en ejercicio de la atribución prevista en el artículo transitorio 20, como ya se dijo, tienen la misma fuerza o entidad normativa que la LEY, podían regular como causal de retiro la supresión de cargos o empleos, como consecuencia de la reestructuración, fusión o supresión".

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

FALLA:

DECLARASE NO PROBADA la excepción de Inepta Demanda propuesta por la parte demandada.

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE .

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, *Miguel González Rodríguez*, *Libardo Rodríguez Rodríguez*.

ALCALDE–Suspensión/**MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO/DETENCION PREVENTIVA/SUSPENSION PROVISIONAL**–Improcedencia

***Prima facie* no observa la Sala la ostensible infracción del art. 18 literal a) de la Ley 78 de 1986 por parte del acto acusado, pues de la sola confrontación de estos ella no se deduce. En efecto, si para la época de expedición de la citada ley, como afirma el actor, sólo existía como medida de aseguramiento, la detención preventiva, debe desentrañarse, entre otros aspectos, la voluntad del legislador en cuanto a qué quiso significar cuando empleó la expresión genérica y en plural "medidas de aseguramiento" y no la específica y única de "detención preventiva" que en dicho momento existía, y si tiene incidencia o no el hecho de que entre la expedición de dicha ley y la del Decreto 050 de 1987, que incluyó otras medidas de aseguramiento además de la detención preventiva, hubiese mediado tan sólo 14 días. Ello supone entonces un estudio a fondo impropio de esta etapa del proceso, lo cual hace improcedente la medida impetrada.**

JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/CONTROL JURISDICCIONAL–Naturaleza/**CONTROL JURISDICCIONAL**–Objeto/**TRANSITO CONSTITUCIONAL/DECAIMIENTO DEL ACTO**

No es procedente que a través de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A. cualquier persona busque que el Juez Contencioso Administrativo declare la vigencia de determinado acto administrativo o que por el contrario se declare que dicho acto se extinguió por cualquier causa como por ejemplo, decaimiento, caducidad, derogatoria expresa o tácita, o que, en fin, perdió su fuerza ejecutoria. Es claro que habrá casos en que al resolver sobre una acción que busque la nulidad de un

acto jurídico, por razones de constitucionalidad o legalidad, el Juez se vea precisado a observar en la parte motiva de la providencia que ponga término al proceso, que el acto enjuiciado con quebrantamiento del orden jurídico superior y que por lo mismo debe ser anulado en la parte resolutiva de la sentencia en sus efectos durante ese lapso, pero lo que no es posible hacer es pronunciamiento alguno en la parte resolutiva del fallo que comprenda la época posterior al fenómeno determinante de la extinción o la pérdida de fuerza ejecutoria.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintinuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2855. Acción: Nulidad. Actor: Tulio César Villalobos Támara.

El ciudadano TULIO CESAR VILLALOBOS TAMARA, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción que consagra el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad, previa suspensión provisional, del artículo 16 del Decreto Reglamentario No. 1001 de 23 de mayo de 1988, por el cual se reglamentan las Leyes 78 de 1986 y 49 de 1987, sobre elección popular de Alcaldes, expedido por el Gobierno Nacional.

Como la demanda reúne los requisitos legales, habrá de admitirse en la parte resolutiva de esta providencia.

I–. LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En acápite especial de la demanda el actor solicita la medida precautelativa aduciendo que el artículo 16 del Decreto 1001 de 1988, es violatorio en forma ostensible y directa de la Ley 78 de 1986, en su artículo 18, en concordancia con los artículos 414 del Código de Procedimiento Penal y 314 de la Constitución Política.

Hace consistir, en síntesis, los cargos de violación así:

1–. La Ley 78 de 1986 reguló todo lo relacionado con la elección, calidades, funciones, posesión, inhabilidades, incompatibilidades, faltas absolutas y temporales de los Alcaldes Populares y en su artículo 18 determinó cuáles eran las causales de suspensión de los Alcaldes Populares, a saber:

a): Por haberse dictado por autoridad judicial competente medidas de aseguramiento, aunque proceda la excarcelación o cualquier otro beneficio, y b): A solicitud del Juez competente o del Procurador General de la Nación. Este literal fue modificado por el artículo 7o. de la Ley 49 de 1987.

2–. Cuando se expidió la Ley 78 de 1986, la única medida de aseguramiento existente, de acuerdo con el C. de P.P. adoptado por la Ley 2a. de 1982, era la de detención preventiva. No existían más medidas de aseguramiento, por lo tanto, según la Ley, la suspensión de cualquier Alcalde Popular procedía cuando contra el mismo se dictara medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, aunque procediera la excarcelación o cualquier otro beneficio.

3–. En el año de 1987 se deroga el C. de P.P. que regía cuando se expidió la Ley 78 de 1986, mediante el Decreto 050 de 1987, el cual entre sus innovaciones incluyó una gama de medidas de aseguramiento (conminación, caución, detención preventiva y otras), y como resultado de dicho cambio el acto acusado pretendió reglamentar la disposición del artículo 18 de la Ley 78 de 1986, procediendo de manera equivocada y excesiva a interpretar la Ley y a regular por fuera de la misma, los casos en que procede la suspensión de Alcaldes, como en el caso de la conminación o la caución.

4–. El artículo acusado debe considerarse insubsistente y derogado a partir de la expedición del nuevo C. de P.P. (Decreto 2700 de 1991 y Ley 81 de 1993), pues con el mismo se derogó el antiguo artículo 414 del Código, que en nada hace referencia a las medidas de aseguramiento que puedan dar origen a la suspensión de Alcaldes.

5–. El artículo 314 de la Constitución Política fue violado al consagrar el artículo acusado causales de suspensión de Alcaldes no previstas o señaladas taxativamente en la Ley.

II–. LA DECISION

Para resolver **se considera:**

Prescribe el acto acusado:

> "Artículo 16. **Medidas de aseguramiento.** Las medidas de aseguramiento a que se refiere el literal a) del artículo 18 de la Ley 78 de 1986, son las consagradas en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal".

Estatuye el artículo 18 literal a) de la Ley 78 de 1986:

"**Causales de suspensión.**– El Presidente de la República y los Gobernadores, Intendentes o Comisarios suspenderán a los Alcaldes, según sus respectivas competencias, en los siguientes casos:

a) Por haberse dictado por autoridad judicial competente medidas de aseguramiento, aunque proceda la excarcelación o cualquier otro beneficio".

Prima facie no observa la Sala la ostensible infracción del artículo 18 literal a) transcrito por parte del acto acusado, pues de la sola confrontación de estos ella no se deduce. En efecto, si para la época de expedición de la citada Ley, como afirma el actor, sólo existía como medida de aseguramiento, la detención preventiva, debe desentrañarse, entre otros aspectos, la voluntad del legislador en cuanto a qué quiso significar cuando empleó la expresión genérica y en plural "medidas de aseguramiento" y no la específica y única de "detención preventiva" que en dicho momento existía, y si tiene incidencia o no el hecho de que entre la expedición de dicha Ley y la del Decreto 050 de 1987, que incluyó otras medidas de aseguramiento además de la de detención preventiva, hubiese mediado tan sólo 14 días.

Ello supone entonces un estudio a fondo impropio de esta etapa del proceso, lo cual hace improcedente la medida impetrada.

En lo referente a la transgresión del artículo 314 de la Constitución Política, advierte la Sala que dicha disposición no existía en la Carta Política de 1886 bajo cuya vigencia se expidió el acto acusado, por lo cual no cabe hacer pronunciamiento alguno al respecto.

Finalmente, y en lo tocante a la petición de declarar derogada la norma enjuiciada en virtud de que el artículo 414 del C. de P.P. a que ella se refiere, desapareció como tal del ordenamiento penal actual, la Sala reitera lo expresado en reciente pronunciamiento (sentencia de 21 de enero de 1994, expediente No. 2580, actora: Beatriz de las Mercedes Linares Cantillo), en cuanto a que no es procedente que a través de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A. cualquier persona busque que el Juez Contencioso Administrativo declare la vigencia de determinado acto administrativo o que por el contrario se declare que dicho acto se extinguió por cualquier causa como, por ejemplo, decaimiento, caducidad, derogatoria expresa o tácita, o que, en fin, perdió su fuerza ejecutoria. Que es claro que habrá casos en que al resolver sobre una acción que busque la nulidad de un acto jurídico, por razones de constitucionalidad o legalidad, el Juez se vea precisado a observar en la parte motiva de la providencia que ponga término al proceso, que el acto enjuiciado se expidió con quebrantamiento del orden jurídico superior y que por lo mismo debe ser anulado en la parte resolutiva de la sentencia en sus efectos durante ese lapso, pero lo que no es posible hacer es pronunciamiento alguno en la parte resolutiva del fallo que comprenda la época posterior al fenómeno determinante de la extinción o la pérdida de fuerza ejecutoria.

Las anteriores consideraciones conducen a la Sala a denegar la suspensión provisional de los efectos de la disposición cuestionada.

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

RESUELVE:

1o): ADMITESE la demanda promovida por el ciudadano TULIO CESAR VILLALOBOS TAMARA. En consecuencia, se dispone:

a): NOTIFIQUESE personalmente esta providencia a la señora Procuradora Primera Delegada en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación.

b): NOTIFIQUESE personalmente esta providencia, con entrega de copias de la demanda y sus anexos, al señor Ministro de Gobierno.

c): FIJESE el proceso 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 el actor en la Secretaría de la Sección la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.oo) para atender los gastos ordinarios del proceso.

e): SOLICITESE a la Secretaría General del Ministerio de Gobierno el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado.

2o): DENIEGASE la solicitud de suspensión provisional impetrada.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

NOTA DE RELATORIA: Reitera, además, la providencia de enero 21 de 1994. Exp. 2580. Actor: Beatriz de las Mercedes Linares Cantillo.

SUSTRACCION DE MATERIA–Improcedencia

La circunstancia de no estar vigente en la actualidad el acto demandado en acción de simple nulidad, no exime a la jurisdicción de hacer un pronunciamiento de fondo. DECRETASE LA NULIDAD del Decreto 016 de 22 de enero de 1990, expedido por el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, "por el cual se prolonga una competencia".

ALCALDE MAYOR DE SANTAFE DE BOGOTA–Facultades/**JUICIO DE POLICIA/CONSEJO DE JUSTICIA DE BOGOTA**

"El Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá no estaba facultado para atribuir competencia en segunda instancia de los procesos policivos en organismos o funcionarios diferentes al Consejo de Justicia de Bogotá. Sus atribuciones estaban circunscritas a reglamentar dicho organismo mas no para sustituirlo transitoriamente por otro mientras entraba en funcionamiento". DECRETASE LA NULIDAD del Decreto 016 de 22 de enero de 1990, expedido por el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, "por el cual se prolonga una competencia".

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2709 - Autoridades Distritales. Actor: Jaime Iván Echandía Botero.

Entra la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 8 de agosto de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto declara impróspera la excepción de inepta demanda y deniega las pretensiones de la demanda instaurada, en ejercicio de la acción pública de nulidad, contra el Decreto 016 del 22 de enero de 1990, expedido por el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, por medio del cual se prolonga una competencia.

Los FUNDAMENTOS DE HECHO se presentan así:

1–. El H. Concejo Distrital expidió el Acuerdo No. 18 del 7 de diciembre de 1989, que contiene el Código de Policía para el Distrito Especial de Bogotá, en ejercicio de funciones legales propias contenidas en el artículo 13, numeral 16 del Decreto 3133 de 1968. El Acuerdo fue sancionado por el Alcalde Mayor el día 27 de diciembre de 1989 y promulgado el 15 de enero de 1990 por su inserción en el Registro Distrital No. 550, órgano de publicidad del Distrito.

2–. El mencionado Código de Policía del Distrito, empezó a regir en el momento de su promulgación y derogó el Acuerdo 36 de 1992, según lo estableció su artículo 466.

3–. El Acuerdo 018 de 1989 dispuso:

a) En el artículo 372 atribuirle a los Vocales del Consejo de Justicia de Bogotá la calidad de Jefes Distritales de Policía;

b) En el artículo 374, señalarle funciones a dicho Consejo, dentro de las cuales, en el literal b) se encuentra la de conocer de los recursos de apelación y queja de los procesos civiles de policía;

c) En su artículo 375, determinar la integración del Consejo de Justicia de Bogotá, una de cuyas salas es la relativa a los procesos de policía de carácter civil; y

d) En su artículo 464, numeral 4, facultar al Alcalde ;ayor del Distrito Especial de Bogotá para reglamentar lo atinente al Consejo de Justicia.

4–. El señor Alcalde Mayor de Bogotá dictó el Decreto No. 016 del 22 de enero de 1990, por el cual ordenaba que, mientras se producía la reglamentación del artículo 464 numeral 4 del Acuerdo No. 18 de 1989, se prorrogaba el procedimiento y la competencia de los procesos que en esa fecha se encontraran en trámite de segunda instancia los cuales, antes de la vigencia de este Acuerdo, eran resueltos por el Secretario de Gobierno de Bogotá, de acuerdo con delegación del Alcalde Mayor, contenida en el Decreto 1453 del 6 de octubre de 1986.

5–. El señor Personero del Distrito Especial de Bogotá, en oficio D.P.B. No. 0119 del 25 de enero de 1990, recibido por la Alcaldía ese mismo día, solicitó al Alcalde Mayor revisar el Decreto No. 016 de 1990 por considerar que había sido expedido en forma irregular y violando el principio de legalidad.

6–. Las providencias dictadas en procesos policivos en segunda instancia, con apoyo en el mencionado Decreto No. 016 de 1990, están viciados de nulidad absoluta.

LA VIOLACION DE NORMAS SUPERIORES

Cita el actor como normas violadas: De la Constitución Política, los artículos 2o., 26 y 197 ordinales 1o. y 3o.; Ley 153 de 1887, artículo 40; Código Contencioso Administrativo, artículos 84, inciso 2o., y artículo 152, inciso 2o.; Ley 4a. de 1913, artículo 240; Código de Procedimiento Civil, artículo 13; Código de Procedimiento Penal, artículo 5o.; Decreto 1333 de 1986, artículos 122, 30 y 132 ordinal 1o.; Decreto 3133 de 1968, artículos 13 numerales 3o., 11, 14, 15 y 16 ordinales 10 y 14; Acuerdo No. 18 de 1989 –Código de Policía de Bogotá (actual), artículos 373 literales a) y c), 374, literal b), 375, 464 ordinal 4o. y 466.

Entre los dos conceptos sustentados por el actor para explicar la violación que alega, manifiesta, en un escrito que subdivide en "infracción de normas de superior jerarquía", "incompetencia del Alcalde Distrital", y "falsa motivación", que según el Personero del Distrito Especial de Bogotá, "Dentro de la pirámide Kelseniana de las normas de derecho, los acuerdos de los Concejos, son preceptos de superior jerarquía, frente a los Decretos y resoluciones de los Alcaldes", situación y concepto que se traduce en la violación del principio de jerarquía de las normas jurídicas que enseña que no puede haber contradicción entre dos normas de distinto nivel, por primar siempre la de orden superior. Este principio, sostiene el actor, se encuentra consagrado implícitamente en el artículo 2o. de la Constitución Nacional, en cuanto ordena que los poderes públicos se deberán ejercer en la forma establecida en la Carta misma, de tal manera que, violándose uno de los preceptos de la misma, referentes a la jerarquía de las normas, tal como el artículo 197, en nuestro caso en los ordinales 1o. y 3o., se viola el principio y las dos disposiciones constitucionales. El actor se refiere, obviamente, a la Constitución de 1886, vigente en los momentos, tanto del acto demandado como de la demanda. En las consideraciones de esta providencia se hará referencia, en lo que fuere pertinente, a los demás argumentos expuestos por el accionante.

La demanda conllevaba la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, la cual fue denegada por el Tribunal al considerar que no se podía afirmar que el Decreto 016 de 1990 violara en forma manifiesta alguna de las normas superiores señaladas como infringidas por el demandante. Tal decisión fue apelada ante el Consejo de Estado y esta Sala, en providencia del 15 de noviembre de 1991, con ponencia del Consejero Ernesto Rafael Ariza Muñoz, la revocó, decretando en su lugar la suspensión

provisional del Decreto cuestionado al concluir, después del respectivo análisis, que "el decreto acusado contrarió en forma manifiesta las normas acuerdales enunciadas y que el Alcalde Mayor de Bogotá carecía de facultades para asignar transitoriamente la competencia que el artículo 374 del Acuerdo 18 de 1989 había atribuido al Consejo de Justicia de Bogotá".

LA SENTENCIA APELADA

El fallo objeto del recurso, fechado el 8 de agosto de 1993, denegó las pretensiones de la demanda y ordenó el levantamiento de la suspensión provisional que había sido decretada por el Consejo de Estado.

En su parte esencial, dice la sentencia del *a-quo:*

"Para la Sala las argumentaciones expuestas por este Tribunal para cuando se estudió la admisión de la demanda y se resolvió sobre la petición de suspensión provisional conservan su vigencia.

"En efecto, en la práctica, siguiendo los lineamientos del Acuerdo No. 18 de 1989 que empezó legalmente a regir a partir del día siguiente a su publicación en el registro distrital que lo fue el día 15 de enero de 1990, la segunda instancia de los procesos cuyo trámite allí se consagró correspondía al Consejo de Justicia, cuya planta ni organización existía y por el contrario se estaba facultando al señor Alcalde para reglamentarlo.

"O sea, dicho en otros términos, no existía Juez para asumir la segunda instancia lo que hubiera conllevado a la parálisis en los trámites que se adelantaban.

""Si bien es cierto que el Decreto 016 de 1990 al prorrogar la competencia del Secretario de Gobierno para tal conocimiento mediante el trámite anterior no se ajusta a las previsiones del Acuerdo 18 de 1989, de otra parte existen principios de rango superior al Acuerdo Distrital que se desconocía que le otorgaban amparo de juridicidad al acto expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá.

"Ciertamente el artículo 3o. del acto legislativo 1o. de 1945 incorporado al Artículo 58 de la Constitución Nacional de 1886 (vigente para la época de introducción de la demanda) preceptuaba que "... la justicia es un servicio público a cargo de la Nación". Ahora si se toma como actuación de carácter administrativo igualmente debe entenderse como servicio público y por ende ostenta el carácter de permanente.

"Los atributos del servicio público, ya que así constitucionalmente está definida la administración de justicia, son "la de satisfacer una necesidad de carácter

general, en forma continua y obligatoria, es un servicio público básico como lo definió la misma Corte Suprema de Justicia en fallo de fecha julio 22 de 1970.

"De lo anterior concluye la Sala que si el Concejo del Distrito Especial no tuvo en cuenta las previsiones necesarias para asegurar la continuidad del servicio de justicia en lo que atañía a los procesos cuyo trámite regulaba con la expedición del Acuerdo 18 de 1989, correspondía a la autoridad encargada de la ejecución asegurar a la comunidad la continuidad en el servicio mediante la adopción de alguna medida que de manera inmediata pudiera hacerse efectiva y por ello optó por prolongar una competencia, la que se derogaba mediante el acuerdo prenombrado.

"En estas condiciones, la Sala denegará las peticiones de la demanda y en cuanto al Decreto de suspensión provisional adoptado por el Consejo de Estado, si bien es cierto tal medida en la práctica no surtió ningún efecto pues el acto acusado había sido derogado incluso para antes de la introducción de la demanda, de manera formal se ordenará su levantamiento para no caer en contradicción entre el fallo que aquí se adopta y la situación jurídica definida con anterioridad respecto a la medida cautelar".

LA SUSTENTACION DEL RECURSO

El demandante, al manifestar su desacuerdo con el fallo referido e insistir en la nulidad por él solicitada, comienza su argumentación apoyándose en las razones dadas por esta Sala como motivación de la suspensión provisional que del acto demandado se decretó. Aduce, además:

"La manifiesta violación por el Decreto No. 016 del 22 de enero de 1990 de las normas acuerdales a que se refiere el H. Consejo de Estado en la providencia aludida, como también de las demás normas de rango superior, esto es, de la Constitución Nacional vigente en el momento y de los códigos y Decretos, como del Código de Policía de Bogotá, Acuerdo 18 de 1989, persiste, sin que pueda afirmarse, como parece insinuarlo el H. Tribunal, que su posterior derogatoria por el Decreto No. 027 del 2 de febrero de 1990, que organizó el Consejo de Justicia de Bogotá, con base en las facultades del numeral 4o. del Art. 464 del Acuerdo 18 de 1989, sea razón suficiente, por el aspecto práctico de la situación, para negar la nulidad del acto ilegal, pues como bien lo sostiene en forma indudable aquella corporación, este "(...) supervive como fundamento de derecho de las situaciones nacidas bajo su vigencia.

"Aquel razonamiento del H. Tribunal, no puede hacer parte de la lógica jurisprudencial, pues con él se legitima el mecanismo por el cual basta acudir al expediente de la derogatoria del acto espúreo, para evitar la sanción al mismo,

consolidándose así sus efectos, igualmente ilegítimos, con el consiguiente perjuicio para el orden jurídico y los derechos subjetivos.

"2o. Del mismo rango, es el razonamiento del H. Tribunal que considera que la obligación de cumplir con el mandato de orden constitucional, contenido en el artículo 47 del Acto Legislativo No. 1 de 1945, implica una autorización tácita a la autoridad administrativa para violar pilares constitucionales positivos inconmovibles de la democracia, como los de legalidad y jerarquía de las normas, competencia de las autoridades y separación de los poderes, conclusión que solo puede conducir a la anarquía.

"3o. El H. Tribunal Contencioso, a pesar de negar la nulidad impetrada, está admitiendo la violación demandada, al reconocer que el Decreto 016 de 1990, al prorrogar la competencia del Secretario de Gobierno para el conocimiento de los asuntos encomendados al Consejo de Justicia, no se ajustó a las previsiones del Acuerdo 18 de 1989, tal como lo afirma en el penúltimo párrafo de la hoja 14 del fallo impugnado, conclusión desestimativa, que no se compadece con la premisa".

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Al recurso de apelación se le dio el trámite correspondiente y dentro de él se corrió traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión y, simultáneamente, a la señora Procuradora Delegada ante esta Corporación para similar efecto. Todos ellos guardaron silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para efectos de la decisión a tomar en esta sentencia de segunda instancia, la Sala considera necesario retomar sus conceptos expuestos en la providencia que resolvió sobre la denegatoria de la suspensión provisional del acto demandado, como motivación para revocar el auto apelado y, en consecuencia, decretar dicha suspensión. Se dijo en la providencia aludida (folios 67 a 75, cuaderno principal):

"Al analizar detenidamente las censuras que plantea el actor contra el acto que no accedió a decretar la medida precautoria del Decreto acusado, la Sala estima que son atendibles, con base en las siguientes consideraciones:

"1o). El Concejo de Bogotá expidió el Acuerdo número 18 de 7 de diciembre de 1989 (Código de Policía para el Distrito Especial de Bogotá) el cual, según su artículo 466, empezó a regir a partir de su promulgación –el 15 de enero de 1990 en que (sic) fue publicado en el Registro Distrital número 550 (folio 21)– y derogó el Acuerdo 36 de 1962 y las demás disposiciones que le fueran contrarias.

"2o). El mencionado Acuerdo 18 en su Artículo 374 estableció como competencia del Consejo de Justicia de Bogotá, entre otras funciones, las de conocer de los recursos de apelación de hecho y el grado jurisdiccional de consulta en los procesos por contravenciones especiales de policía (literal a); y conocer de los recursos de apelación y queja de los procesos civiles de policía (literal b).

"3o). Como el Consejo de Justicia de Bogotá no existía, el artículo 464 numeral 4o. del mismo Acuerdo, facultó al Alcalde Mayor del Distrito Especial para reglamentar lo atinente a dicho organismo. El artículo 465 siguiente, lo facultó también para que, con la aprobación de la Junta Asesora y de contratos, efectuara los traslados presupuestales y abriera los créditos adicionales necesarios para proveer los cargos en la Administración Distrital –entre ellos los de Vocales del Consejo de Justicia– y realizara la dotación necesaria de los mismos.

"4o). De acuerdo con los anteriores preceptos, el Alcalde Mayor no estaba facultado para atribuir competencia en segunda instancia de los procesos policivos en organismos o funcionarios diferentes al Consejo de Justicia de Bogotá. **Sus atribuciones estaban circunscritas a reglamentar dicho organismo mas no para sustituirlo transitoriamente por otro mientras entraba en funcionamiento".** (El destacado no pertenecen a la providencia original)

"Someter la segunda instancia de los procesos policivos al procedimiento y competencia anterior a la vigencia del Acuerdo 18 de 1989, como se hizo en el acto acusado, equivalía a revivir el Decreto número 1453 de 6 de octubre de 1986, de la misma Alcaldía Mayor (folio 16), el cual, con apoyo en el artículo 8o. del Acuerdo 36 de 1962, le delegó al Secretario de Gobierno la competencia en segunda instancia de los procesos policivos en el Distrito Especial de Bogotá. El mencionado Decreto 1453 se revivió, pues quedó sin piso jurídico al ser derogado expresamente por el artículo 466 del Acuerdo 18 de 1989 la norma que le sirvió de fundamento: el Acuerdo No. 36 de 1962 (antiguo Código de Policía de Bogotá).

"El análisis anterior. permite llegar a la conclusión, que el Decreto acusado contrarió en forma manifiesta las normas acuerdales enunciadas y que el Alcalde Mayor de Bogotá carecía de facultades para asignar transitoriamente la competencia que el artículo 374 del Acuerdo 18 de 1989 había atribuido al Consejo de Justicia de Bogotá, consideraciones que justifican la revocatoria del auto apelado y que se disponga, en su lugar, el Decreto de suspensión provisional del acto acusado".

Correspondía al *a-quo,* en la sentencia de fondo, demostrar que la anterior consideración del Consejo de Estado, manifestada como fundamento de la suspensión provisional decretada, podía ser rebatida como resultado de las argumentaciones y

pruebas ventiladas durante el proceso y que por lo tanto, al probarse jurídicamente que el Alcalde no tenía que circunscribirse a las atribuciones que le confería el Acuerdo No. 18 de 1989, el acto acusado estaba ajustado a derecho y la nulidad podía ser denegada levantándose de contera la suspensión provisional que sobre él pesaba. No fue así, sin embargo, y el Tribunal, tras la elaboración de una particular tesis, produjo una decisión que no se acomoda al orden jurídico como pasa a demostrarse.

Se apoya la motivación en una cita, Acto Legislativo No. 1 de 1945, que resulta equivocada, y en un precepto del artículo 58 de la Constitución de 1886, según el cual, "La justicia es un servicio público a cargo de la Nación", para deducir que "si el Concejo del Distrito Especial de Bogotá no tuvo en cuenta las previsiones necesarias para asegurar la continuidad del servicio de justicia, en lo que atañía a los procesos cuyo trámite regulaba con la expedición del Acuerdo 18 de 1989, correspondía a la autoridad encargada de la ejecución asegurar a la comunidad la continuidad en el servicio mediante la adopción de "alguna medida" que de manera inmediata pudiera hacerse efectiva y por ello optó por prolongar una competencia, la que se derogaba mediante el acuerdo prenombrado". Esta afirmación la hace el juzgador de primera instancia sin considerar si el tomar esa medida estaba o no dentro de las facultades de "la autoridad encargada de la ejecución". No obstante, ya había afirmado en un párrafo anterior que el Decreto 016 de 1990, al prorrogar la competencia del Secretario de Gobierno para tal conocimiento mediante el trámite anterior, no se ajusta a las previsiones del Acuerdo 18 de 1989, lo que significa, que si el Decreto del Alcalde, norma de inferior rango al Acuerdo, está transgrediendo una norma superior a la que debe estar sujeto, debe ser anulado con el fin de restablecer el equilibrio jurídico quebrantado con su expedición.

Lo contrario a la declaratoria de nulidad del Decreto sería la entronización, en foro judicial, de la tesis según la cual ante la carencia de una norma a seguir en una situación determinada, cualquier funcionario puede dictar esa norma así no esté dentro de sus facultades legales hacerlo. Debe, por tanto, darse aplicación a la reiterada doctrina del Consejo de Estado como de los Tribunales Administrativos en cuanto a que la finalidad de la acción pública de nulidad es la restitución del imperio de la juricidad objetivamente considerado y que procede, entre otras causas, cuando se pruebe que los actos demandados son violatorios de las normas superiores a los cuales deben estar sometidos o porque, como en el presente caso, falta competencia en el funcionario que la expidió.

Debe anotarse, igualmente, que la circunstancia de no estar vigente en la actualidad el acto demandado en acción de simple nulidad, no exime a la jurisdicción de hacer un pronunciamiento de fondo puesto que, como bien lo expresa la cita jurisprudencial proveniente de la Sección Cuarta de esta Corporación, hecha por la representante judicial del Distrito Capital, Santafé de Bogotá a folio 97 del expediente, "cuando una norma cuya nulidad se ha demandado en acción pública, pierde su vigencia por derogación, sustitución o modificación por otra, el respectivo proceso debe culminar

puesto que el fallo puede producir consecuencias en aquellas situaciones particulares que se encuentren *sub-júdice*". En este aspecto, el *a-quo* obró en derecho al desestimar la excepción de inepta demanda planteada por la parte demandada.

Resumiendo estas consideraciones y las que se hicieron cuando esta Sala decretó la suspensión provisional del acto demandado, se concluye que, como se afirmó en aquella oportunidad, "el Alcalde Mayor de Bogotá no estaba facultado para atribuir competencia en segunda instancia de los procesos policivos en organismos o funcionarios diferentes al Consejo de Justicia de Bogotá. Sus atribuciones estaban circunscritas a reglamentar dicho organismo mas no para sustituirlo transitoriamente por otro mientras entraba en funcionamiento". Por lo tanto, la solicitud de nulidad de este acto debe ser resuelta desfavorablemente.

Con fundamento en 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 apelada pronunciada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca en el asunto de la referencia, con fecha 8 de octubre de 1993, y en su lugar, DECRETASE la nulidad del Decreto 016 del 22 de enero de 1990, expedido por el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, "por el cual se prolonga una competencia".

COPIESE, NOTIFIQUESE Y EN FIRME ESTA PROVIDENCIA, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE/PARQUE AUTOMOTOR–Reposición/**INGRESO DE VEHICULOS**

No se dice en la providencia cuál o cuáles son las normas que reglamentan en forma general la actividad transportadora ni cuál la diferencia en las exigencias del acto acusado con esa hipotética reglamentación. Tampoco lo había dicho el actor en su solicitud de suspensión provisional. Con natural evidencia, al carecerse por sustracción de materia de uno de los extremos de la comparación que obligatoriamente se debe hacer, el cargo no puede prosperar en cuanto a la violación de la norma constitucional mencionada. Decir que el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá actuó sin un mandato legal que se lo permitiera, implica un examen de toda la legislación que regula y fundamenta las funciones y atribuciones del burgomaestre de la capital, ingente labor que no es dable en las circunstancias de una suspensión provisional. Al proceder a la confrontación directa del acto demandado con las disposiciones invocadas como infringidas, esa infracción no se da por falta de los elementos de juicio necesarios y por lo tanto, al no reunirse los requisitos del artículo 152 del C.C.A., no es procedente la suspensión provisional que había sido decretada en la primera instancia. DENIEGA LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL de los arts. 1o., 4o. y 5o. del Decreto 568 de septiembre de 1993 expedido por la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2841 - Apelación Auto. Actor: Luis Carlos Sáchica A..

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación propuesto por el apoderado de la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá contra el auto de 9 de diciembre de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos de los artículos 1o., 4o. y 5o. del Decreto No. 568 de 27 de septiembre de 1993 expedido por la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, "Por el cual se promueve la reposición del equipo automotor y se reglamenta el ingreso de vehículos clase bus y buseta al servicio público".

ANTECEDENTES

El Abogado Luis Carlos Sáchica Aponte en ejercicio de la acción establecida en el artículo 84 del C.C.A. solicitó del Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de los artículos 1o., 4o. y 5o. del Decreto No. 568 de 27 de septiembre de 1993.

En el mismo escrito de la demanda el actor solicitó la suspensión provisional de los actos acusados por considerarlos manifiestamente contrarios a los artículos 84, 333 y 334 de la Constitución Política; 1o. letras b) y h) del Decreto 080 de 1987 y, 66 y 81 del Decreto 1787 de 1990.

La petición de la medida cautelar la fundamenta el demandante en los argumentos que a continuación se sintetizan:

Los artículos 1o. y 4o. del Decreto acusado establecieron requisitos no previstos en la ley para que las empresas transportadoras puedan hacer uso de la capacidad transportadora máxima que previamente se les ha asignado.

Las disposiciones acusadas delimitan el ejercicio de la capacidad transportadora como si se tratara del propio legislador, al restringir el ingreso de vehículos clase bus y buseta al servicio público mediante el sistema de reposición, al suspender la concesión de licencias de funcionamiento y al prohibir ampliar y adicionar la capacidad transportadora.

El Alcalde no puede legislar en materia de transporte, pues a eso equivalen las medidas tomadas en el artículo 5o. acusado, ya que restringir, condicionar, suspender y prohibir en el campo de la actividad transportadora, por vía general y con efecto indefinido, es intervenir esa actividad y regular su ejercicio, competencias reservadas por Constitución a la ley.

En el artículo 1o. del acto impugnado, sin facultad legal para ello, se dispone restringir el ingreso de vehículos al servicio público al sistema de sustitución, de manera tal que ilegalmente se prohibió a los particulares adelantar programas de reposición por el sistema de reposición por transformación.

Al exigirse en el artículo 4o. la reposición del parque automotor como condición *sine qua non* para hacer uso de la capacidad transportadora máxima, se restringe el derecho de las empresas transportadoras de hacer uso de esa capacidad con vehículos de otra u otras empresas, tal como lo señala el artículo 66 del Decreto 1787 de 1990.

LA PROVIDENCIA APELADA

Es el auto de 9 de diciembre de 1993, en cuanto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, decretó la suspensión provisional de los artículos impugnados.

Para tomar tal determinación el *a-quo* consideró que los artículos 1o., 4o. y 5o. del Decreto 568 de 1993 violan los artículos 8, 333 y 334 de la Constitución Nacional porque en aquellos se establecen unos requisitos para el ingreso de vehículos bus y buseta al servicio público colectivo de pasajeros y para que las empresas de transporte puedan utilizar su capacidad máxima transportadora, cuando ya la actividad del transporte ha sido reglamentada de carácter general por el legislador y dentro de tal reglamentación no se encuentran establecidos tales requisitos.

Así mismo estimó el Tribunal que si bien es cierto el artículo 334 de la Carta Política prevé que el Estado puede intervenir en los servicios públicos y privados, ello es posible por mandato de la ley, y el Alcalde al tomar las medidas señaladas en las normas impugnadas, intervino en el servicio público de transporte sin un mandato legal que se le permitiera.

EL RECURSO INTERPUESTO

Se fundamenta en los argumentos que la Sala sintetiza así:

El Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá no actuó como legislador, sino que lo hizo en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 38 del Decreto Ley 1421 de 1993 para que haga cumplir la Constitución, la ley, los Decretos del Gobierno, así como para que dirija la acción administrativa, asegurando el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo.

Dice además el recurrente que el acto acusado "sólo constituye una expresión de potestad administrativa, según la cual, el Alcalde Mayor, como Jefe de Gobierno y de la Administración Distrital, tiene capacidad jurídica de expresar decisiones de carácter general dentro del área de su jurisdicción. En presente evento (sic) es uno de ellos. Es una capacidad de expresión habilitada por la ley" y que no se ha contemplado el establecimiento de requisito adicional alguno diferente a lo reglado por la ley.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El *a-quo* considera, en primer lugar, que el cargo hecho contra los artículos 1o. y 4o. del acto demandado como violatorio del artículo 84 de la Constitución Nacional, debe prosperar ya que "como la actividad del transporte ha sido reglamentada de manera general por el legislador, surge en forma manifiesta la violación del artículo 84 de la Constitución Nacional, pues esta norma preceptúa que cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentadas de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio".

No se dice sin embargo en la providencia cuál o cuáles son las normas que reglamentan en forma general la actividad transportadora ni cuál la diferencia en las exigencias del acto acusado con esa hipotética reglamentación. Tampoco lo había dicho el actor en su solicitud de suspensión provisional. Con natural evidencia, al carecerse por sustracción de materia de uno de los extremos de la comparación que obligatoriamente se debe hacer, el cargo no puede prosperar en cuanto a la violación de la norma constitucional mencionada.

De igual modo, al asegurarse en el auto apelado que los artículos 1o., 2o. y 5o. violan las normas constitucionales 333 y 334, por cuanto el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá actuó sin un mandato legal que se lo permitiera, se está incurriendo en una afirmación, que por el momento no resulta absolutamente cierta por cuanto, llegar a ella, implica un examen de toda la legislación que regula y fundamenta las funciones y atribuciones del burgomaestre de la capital, ingente labor que no es dable en las circunstancias de una suspensión provisional. Más aún si se tiene en cuenta que el Decreto 568 de 1993 comienza diciendo "en uso de sus facultades legales...".

No se requieren pues mayores lucubraciones para concluir que al proceder a la confrontación directa del acto demandado con las disposiciones invocadas como infringidas, esa infracción no se da por falta de los elementos de juicio necesarios y, por lo tanto, al no reunirse los requisitos del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, no es procedente la suspensión provisional que había sido decretada en la primera instancia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

REVOCAR el auto apelado de fecha 9 de diciembre de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar, DENEGAR la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y EN FIRME ESTA PROVIDENCIA, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

ACCION DE NULIDAD DE MARCAS/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/CADUCIDAD DE LA ACCION

Si se mira la acción ejercida en este proceso, a la luz del trámite de la acción prevista en el artículo 596 del C. de Co., estaría caducada, pues esta acción, que es especial, prevé un término de caducidad de cinco años contado a partir del registro de la marca cuya cancelación se solicita. En relación con el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cabe observar: La omisión o incumplimiento de la División de Propiedad Industrial de la Superntendencia de Industria y Comercio necesariamente debe tomarse a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de la existencia de las causales de irregistrabilidad en el registro de la marca "LOUIS VUITTON". La demanda fue presentada cuando ya había caducado la acción, conforme a lo normado en el mencionado artículo 136 del C.C.A., lo cual impide a la Sala hacer un pronunciamiento de fondo en este proceso.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 1704. Actora: Sociedad Louis Vuitton.

La sociedad LOUIS VUITTON, a través de apoderado, en ejercicio de la acción que consagra el artículo XXVII del Tratado que creó el Tribunal Andino de Justicia, aprobado mediante la Ley 17 de 1980, ha presentado demanda ante esta Corporación, tendiente a obtener que mediante sentencia se hagan las siguientes declaraciones:

I–. *PETITUM*

a): Que la República de Colombia, por intermedio de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio ha incumplido el artículo V del Tratado que creó el Tribunal Andino de Justicia y el artículo 76 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

b): Que, en consecuencia, la República de Colombia por intermedio de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio ha afectado los derechos de la actora en el proceso administrativo en el cual se presentó el incumplimiento que motivó esta demanda.

c): Que la República de Colombia está obligada, por intermedio de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, a cumplir con lo establecido en el artículo V del Tratado y en el artículo 76 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

d): Que al dar cumplimiento a los artículos V del Tratado y 76 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, la República de Colombia, por intermedio de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, debe cancelar administrativamente la marca "LOUIS VUITTON", ilegalmente registrada a nombre de Natalio Lustgarten bajo el No. 92.360.

II–. *CAUSA PETENDI*

II.1–. Invoca la actora la violación de los artículos V, XXVII, XXVIII, XXIX y XXXI del Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, aprobado por la Ley 17 de 1980, 56, 58 y 76 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y 76 numeral 10o., 120 numeral 20 y 216 de la Constitución Política de 1886.

II.2–. En apoyo de sus pretensiones, expresa, en síntesis, los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

1o.): Desde 1837, que el señor LOUIS VUITTON llegó a París, se inició como aprendiz donde un empacador de prendas de vestir delicadas. Su oficio consistía en acudir al domicilio de las personas que iban a viajar para doblar con mucho cuidado sus vestidos y ponerlos hábilmente dentro de sus baúles. Así se hizo a una extraordinaria clientela.

2o.): Como los baúles de ese tiempo eran burdos e incómodos, LOUIS VUITTON adquirió la experiencia de lo que debía ser el baúl ideal y llegó a ser un artesano muy hábil, tanto como empacador como fabricante de cofres.

3o): En 1854 abrió un taller y un almacén denominado LOUIS VUITTON, en el cual se dedicó a la fabricación y venta de baúles y maletas de viaje. Luego abrió almacenes en las grandes ciudades de Inglaterra, EE.UU. e Italia y más tarde sucursales en Japón, Bermuda y otros países.

4o): Sus sucesores constituyeron en 1977 la sociedad LOUIS VUITTON S.A.

La marca nominativa LOUIS VUITTON se encuentra registrada en Francia, lo mismo que las marcas gráfica, figurativa y compuesta para las clases 3a., 6a., 13, 14, 16, 18, 20, 21, 24, 25 y 34.

Así mismo, la marca nominativa y figurativa LOUIS VUITTON se encuentra registrada en EE.UU. para la clase 18 internacional.

En Colombia, la marca nominativa está registrada desde el 14 de diciembre de 1989 en las clases 3a. y 25 y la figurativa con las letras LV entrecruzadas lo está para todos los productos de las clases 3a., 18 y 25 desde esa misma fecha.

5o): LOUIS VUITTON es una marca y el nombre comercial de propiedad de la actora, notoriamente conocidos en el país y en el exterior.

6o): Los productos de la actora están siendo falsificados en Colombia, al igual que en otras partes del mundo.

El señor NATALIO LUSTGARTEN solicitó el 17 de septiembre de 1974, sin ningún derecho para ello, el registro de la marca nominativa "LOUIS VUITTON", notoriamente conocida para la clase 18 y le fue concedido dicho registro el 21 de junio de 1978 por el término de 10 años, bajo el No. 92.360.

7o): La expresión "LOUIS VUITTON" corresponde al nombre de una persona fallecida y cuyo registro fue otorgado en Colombia sin la autorización de los herederos del referido señor, que exige la Ley para tal caso.

8o): Al vencimiento del período de registro de la marca nominativa "LOUIS VUITTON", el 12 de septiembre de 1988, NATALIO LUSTGARTEN solicitó la renovación del registro No. 92.360.

La sociedad actora solicitó el 14 de septiembre de 1989 la caducidad administrativa de la solicitud de renovación por inexistencia de pruebas de uso de la marca, solicitud que no ha sido resuelta.

9o): El usurpador de la propiedad industrial de la demandante fabrica y vende varios productos de la clase 18 internacional, identificándolos con la marca notoriamente

conocida LOUIS VUITTON, imitando igualmente los diseños de los productos y copiando las marcas gráficas, para lo cual no tiene ningún registro.

10o): El uso de las palabras en idioma extranjero en los productos falsificados sugiere un origen francés que no corresponde a la realidad.

11o): La marca nominativa "LOUIS VUITTON" es notoriamente conocida en el mundo, hasta el punto que tiene registros en más de 30 países y esos productos se venden a lo largo y ancho del mundo.

12o): La demandante demandó a los usurpadores en acción de protección al consumidor, ante la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual, por Resolución No. 845 de 8 de noviembre de 1988, sancionó a la sociedad Siglo Internacional Ltda. con multa de 20 salarios mínimos y ordenó retirar las Leyendas a los productos que vendía. Los usurpadores incumplieron la orden y la actora solicitó el 11 de diciembre de 1990 imponer nueva multa pecuniaria. La Superintendencia revocó su propia Resolución, violando de nuevo la Decisión 85.

13o): El 13 de septiembre de 1989 la actora presentó demanda de cancelación administrativa del registro de la marca 92.360 y hasta la fecha, más de 18 meses después, la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio no ha procedido a la cancelación.

14o): La demora de dicha entidad demuestra un grave incumplimiento de las obligaciones que al Estado colombiano impone el artículo 76 de la Decisión 85, con lo cual se viola directamente el artículo V del Tratado del Tribunal.

15o): El Estado colombiano ha incumplido con las obligaciones derivadas del Acuerdo de Cartagena y específicamente con las establecidas en el artículo V del Tratado, por las siguientes razones:

a): El artículo V del Tratado obliga a los países miembros a adoptar todas las medidas necesarias para el cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico del mismo.

b): En virtud del citado artículo V el Estado Colombiano está obligado a cumplir la Decisión 85, la cual en su artículo 76 impone a la autoridad nacional competente la obligación de cancelar de oficio o a petición de parte los registros de marcas violatorios de los artículos 56 y 58 de la misma.

c): La circunstancia de haber solicitado la demandante la cancelación ante la División de Propiedad Industrial y de no haber sido resuelta con la consecuente

cancelación del registro No. 92.360, conlleva el incumplimiento del Estado Colombiano a las obligaciones que tiene a su cargo en virtud de lo establecido en el artículo V del Tratado.

16o): El acto ilícito que viola una obligación internacional puede provenir de la violación de una regla convencional, de una consuetudinaria o de un principio general de derecho. La Comisión de Derecho Internacional ha sentado el principio de que la violación por el Estado de una obligación internacional constituye un hecho internacional ilícito. Todos los órganos del Estado son responsables por sus conductas contrarias al Derecho Internacional que puedan causar perjuicios. La manera de reparación más sencilla es la de hacer volver las cosas al estado anterior, estipulada en varios Tratados, que puede tener las dos modalidades de restitución material. Cuando la violación proviene de la ejecución de un acto jurídico el modo de reparación adecuado consiste en el retiro, revisión o anulación del acto o en general en el restablecimiento de la situación de derecho.

17o): Al aprobar Colombia el Tratado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena mediante la Ley 17 de 1980, empezaron a funcionar las acciones de competencia de este Tribunal como son las de nulidad, incumplimiento e interpretación prejudicial.

El Tratado introdujo en la legislación nacional ciertas normas y procedimientos que deben aplicarse al propio tiempo que las ya existentes, con las consiguientes adiciones.

Respecto del C.C.A. estableció una acción de incumplimiento a favor del particular agraviado con el incumplimiendo del Estado y a cargo de éste, al lado de las disposiciones de los artículos 128 y 133 del C.C.A.; creó una instancia de interpretación prejudicial que debe cumplirse obligatoriamente antes de dictar sentencia y mientras tal instancia no se cumpla no tiene lugar la perención del proceso; el proceso debe suspenderse para que tenga lugar la interpretación prejudicial, dejando para luego la aplicación del artículo 211 del C.C.A.; y la sentencia definitiva sin recurso ulterior, no puede ser dictada, conforme al artículo 170 del C.C.A., sino se ha solicitado y obtenido la interpretación prejudicial.

18o): El Tribunal de Quito, en sentencia de 26 de octubre de 1989 interpretó el artículo V del Tratado, de todo lo cual resulta que los países miembros no pueden eludir la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo ni por acción ni por omisión y que cuando ello ocurre está obligado a la *"restitutio in integrum"* de la situación anterior a la violación, o a la indemnización consiguiente si la *restitutio* no fuere posible.

19o): El Tribunal de Quito consideró en sentencia del 2 de octubre de 1990 que la competencia que le atribuye la Decisión 85 a la oficina nacional competente para

cancelar el registro de una marca es parte de las atribuciones que le corresponden a su función. Por esta razón cuando por cualquier medio advirtiere el incumplimiento de los requisitos previstos por los artículos 56 y 58 de la Decisión 85, debe proceder a la cancelación del registro, sea de oficio o a petición de parte, en cualquier período de vigencia de la marca.

20o): El artículo 27 del Tratado faculta, a través de la acción de incumplimiento, a la persona perjudicada para acudir ante los tribunales nacionales cuando el país ha incumplido la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo, o cuando tal país adoptó alguna medida contraria a dicho ordenamiento. Tal acción está sujeta a los procedimientos establecidos en el Derecho Interno, que en el caso de Colombia es un proceso ante el Consejo de Estado.

En sentencia de 28 de febrero de 1991 (expediente No. 836) el Consejo de Estado afirmó ser competente para conocer, como tribunal administrativo, de las acciones por incumplimiento.

21o): El incumplimiento del Estado Colombiano en el caso que nos ocupa tiene las siguientes consecuencias:

a): Violación del Acuerdo de Cartagena.

b): Violación del Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

c): Violación del ordenamiento jurídico interno de Colombia.

d): El comprometer la responsabilidad del Estado Colombiano ante el ordenamiento jurídico comunitario; y

e): La violación del derecho subjetivo particular agraviado.

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, probatoria y alegaciones.

III.1–. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

III.1.1–. POR PARTE DEL OPOSITOR NATALIO LUSTGARTEN.

Para enervar las pretensiones de la actora, propone el apoderado del opositor las siguientes excepciones:

1–. INEPTA DEMANDA:

Hace consistir esta excepción en el hecho de que no figura en la demanda como demandada la Nación, según lo señala el artículo 149 del C.C.A.

2–. FALTA DE JURISDICCION DEL CONSEJO DE ESTADO.

Fundamenta esta excepción en el hecho de no existir norma interna que le atribuya la jurisdicción a la acción de incumplimiento establecida en el artículo 27 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

3–. PETICION DE MODO INDEBIDO, por cuanto lo pertinente era haber procedido a pedir oportunamente que había operado el silencio administrativo.

III.1.2–. POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO:

El apoderado de la entidad aduce, en síntesis, los siguientes argumentos para oponerse a la prosperidad de las pretensiones:

1–. No es cierto que el registro de la marca LOUIS VUITTON para la clase 18, cuya cancelación se solicita, se hubiera efectuado con violación de los artículos 56 y 58 de la Decisión 85, habida cuenta que el certificado de registro No. 92.360 se expidió el 21 de junio de 1978, con fundamento en el Decreto Ley 410 de 1971, vigente y aplicable en materia marcaria a esa fecha.

La Decisión 85, cuyos artículos 56 y 58 considera violados la demandante, solamente fue incorporada a la legislación nacional el 26 de junio de 1978, es decir, con posterioridad a la fecha del registro marcario.

2–. La Superintendencia de Industria y Comercio, División de Propiedad Industrial, como se desprende de las actuaciones administrativas en el expediente No. 310012, tramita actualmente la solicitud de cancelación del certificado de registro No. 92.360.

3–. De los documentos obrantes en el expediente No. 147.536 de la División de Propiedad Industrial, en el cual se surtió el trámite administrativo de la solicitud de registro "LOUIS VUITTON" se observa en forma clara y contundente que la demandante no ejerció el derecho de oposición que le otorgaba el artículo 590 del C. de Co., en concordancia con los artículos 585 y 586 *ibídem.*

De otra parte, la demandante no demostró ni debatió dentro de las actuaciones administrativas que la marca "LOUIS VUITTON" fuera notoriamente conocida en

Colombia o en el exterior a la fecha de presentación de la solicitud de registro marcario, conforme al artículo 586 numeral 4o. del C. de Co., aplicable en materia marcaria en ese entonces.

III.2–. Dentro de la oportunidad procesal de alegatos de conclusión sólo hizo uso de este derecho el apoderado de la actora, para reiterar lo expuesto en el libelo demandatorio. No así la parte demandada, el tercero con interés directo en el proceso ni el Ministerio Público.

IV–. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Corresponde en primer término a la Sala pronunciarse sobre las excepciones propuestas por el apoderado del opositor NATALIO LUSTGARTEN.

En lo que toca con la excepción de inepta demanda, no tiene vocación de prosperidad, toda vez que en el texto del libelo demandatorio se lee con toda claridad que la acción va dirigida contra el Estado Colombiano, "en especial a la Rama Ejecutiva del Poder Público, Ministerio de Desarrollo Económico, Superintendencia de Industria y Comercio", entidad esta respecto de la cual se predica omisión en el cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico comunitario, al no haber cancelado el registro marcario No. 92.360.

De manera pues que la Sala encuentra satisfecho el requisito previsto en el artículo 149 del C.C.A. que echa de menos el excepcionante.

En lo que respecta a la excepción de falta de jurisdicción del Consejo de Estado, se advierte lo siguiente:

a): Conforme al artículo XXVII de la Ley 17 de 1980, por la cual se aprueba el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, firmado el 28 de mayo de 1979, "Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los países miembros incumplan lo dispuesto en el artículo 5 del presente Tratado, en casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento".

El artículo V al que se refiere la norma transcrita impone la obligación a los Países Miembros de adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena y a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

b): En el evento *sub-exámine* se endilga, como ya se dijo, la omisión del cumplimiento por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio –División de

Propiedad Industrial– de las normas comunitarias al no haber cancelado el registro de marca No. 92.360. Dicho incumplimiento u omisión se materializó, así no se diga expresamente en la demanda, con el acto ficto o presunto de la Administración frente a la solicitud de cancelación de dicho registro marcario.

c): Por la autoridad de donde emana el referido acto, es a esta Jurisdicción a quien corresponde conocer del proceso. Y en razón de que las pretensiones del libelo carecen de cuantía, esta Corporación es competente para asumir tal conocimiento.

En cuanto a la excepción denominada "petición de modo indebido", estima la Sala que tampoco tiene virtualidad de prosperar. En efecto, si bien es cierto que expresamente la demandante no se refiere a la operancia del fenómeno del silencio administrativo, de los hechos de la demanda y fundamentos de derecho de la misma se infiere su acaecimiento, pues, como se ha reiterado con anterioridad, la acción de incumplimiento radica en la omisión de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio de las normas del ordenamiento jurídico comunitario, que se traduce en no haber cancelado, como lo manda el artículo 76 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, el registro marcario No. 92.360 que se solicitó cancelar el 13 de septiembre de 1989, por violación de los artículos 56 y 58 *ibídem.*

Al no haber prosperado las excepciones propuestas debe la Sala, en consecuencia, proceder al estudio de la controversia sometida a su consideración, siendo para ello necesario tener en cuenta los siguientes aspectos:

1–. El artículo XXVII del Tratado aprobado por la Ley 17 de 1980, que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, que ha quedado transcrito *ab initio* de estas consideraciones, no señala ningún trámite para el ejercicio de la acción de incumplimiento sino que supedita la misma a LAS PRESCRIPCIONES DEL DERECHO INTERNO de los respectivos países miembros.

2–. En relación con la acción de incumplimiento, el Tribunal de Justicia en la interpretación prejudicial que del referido artículo XXVII hizo en este proceso, expresó: "contempla el restablecimiento del derecho mediante el cumplimiento de las obligaciones incumplidas..." (folio 276 del cuaderno No. 1).

"... en el caso de la acción particular interna de incumplimiento, la responsabilidad se circunscribe al ámbito nacional, debiéndose reparar en su caso el derecho individual..." (folio 277 *ibídem*).

"... La acción por incumplimiento contemplada en el artículo 27 del Tratado de creación del Tribunal, otorga una garantía a las personas naturales y jurídicas **para que con arreglo a las normas procesales establecidas en el derecho interno de cada país,** puedan acudir a los tribunales nacionales para exigir el cumplimiento del

derecho que llegare a establecerse como violado" (folio 285 *ibídem*). (El destacado es de la Sala)

3–. En el caso que ocupa la atención de la Sala el restablecimiento del derecho a que alude la norma en estudio se obtiene con la cancelación del registro de marca No. 92.360, tal como se solicitó en las pretensiones de la demanda.

4–. En el Derecho Interno Colombiano, en tratándose de actos relativos a registros marcarios, existen dos acciones:

a): La de nulidad especial, prevista en el artículo 596 del Código de Comercio; y

b): La de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.

Si se mira la acción ejercida en este proceso, a la luz del trámite de la acción prevista en el artículo 596 del C. de Co. estaría caducada, pues esta acción, que es especial, prevé un término de caducidad de cinco años contado a partir del registro de la marca cuya cancelación se solicita.

En relación con el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cabe observar:

a): La omisión o incumplimiento de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio necesariamente debe tomarse a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de la existencia de las causales de irregistrabilidad en el registro de la marca "LOUIS VUITTON", concedido en favor de NATALIO LUSTGARTEN. Así lo ha entendido el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena cuando en este proceso en su interpretación prejudicial dijo:

> "No se puede predicar omisión generadora de responsabilidad cuando el funcionario competente requiere de solicitud de parte para actuar en ejercicio de sus funciones, y en todo caso mientras ellas no se hayan completado en tiempo razonable. No le es dable al juez comunitario medir estas circunstancias sino que corresponde al juez nacional establecer, dentro de la normativa interna, si se dan las causales de incumplimiento generadoras de responsabilidad del Estado ante el individuo" (folio 277 cuaderno No. 1).

b): En el evento *sub-lite,* según se afirma en la demanda, el 13 de septiembre de 1989 la sociedad LOUIS VUITTON presentó ante la Superintendencia de Industria y Comercio demanda de cancelación administrativa (folio 42 cuaderno No. 1, hecho 38); hasta la fecha dicha entidad no ha procedido a cancelar el registro No. 92.360 de la marca nominativa "LOUIS VUITTON", lo cual es violatorio de los artículos 56 y 58 de

la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, requisito previsto en el artículo 76 *ibídem* (hecho 39); y la demora de la citada entidad demuestra un grave incumplimiento de las obligaciones que al Estado Colombiano impone el artículo 76 de la Decisión 85, con lo cual se viola directamente el artículo V del Tratado del Tribunal (hecho 41).

c): El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en su interpretación prejudicial efectuada en este proceso, dijo en relación con el artículo V del Tratado aprobado por la Ley 17 de 1980:

> "... el artículo 5 del Tratado impone a los países que integran el Acuerdo de Cartagena dos obligaciones básicas: una de hacer, consistente en adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario contenido en el artículo 1o.; y la obligación de no hacer, consistente en no adoptar ni emplear medida alguna contraria a dichas normas o que obstaculice su aplicación.
>
> Por la primera obligación, de hacer, los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena se vinculan jurídicamente al compromiso de adoptar toda clase de medidas **–sean legislativas, judiciales, ejecutivas, administrativas o de cualquier otro orden–** que contengan manifestación de voluntad del Estado **expresadas en Leyes, Decretos, resoluciones, decisiones, sentencias o en general actos de la administración,** destinados a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. Por la segunda obligación, de no hacer, las mismas autoridades deben abstenerse de adoptar toda medida **de la misma índole** que pueda contrariar u obstaculizar dicho ordenamiento..." (folio 274 cuaderno No. 1) (los destacados son de la Sala).

d): En este caso la omisión que se le imputa a la Administración, como ya se dijo, se materializó en el acto ficto o presunto por el cual incumplió los artículos V del Tratado y 76 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, al no haber cancelado el registro, como se solicitó el 13 de septiembre de 1989, por violación de los artículos 56 y 58 de la Decisión 85.

e): Frente a dicha solicitud tenía la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio un término de dos meses para resolver, como lo mandaba el artículo 1o. del Decreto Ley 2304 de 1989 (subrogatorio del artículo 40 del C.C.A. primitivo), vigente a la sazón. Vencido dicho término, operaba el silencio administrativo negativo. En este caso este fenómeno acaeció el 13 de noviembre de 1989. A partir del día siguiente comenzó a contarse el término de cuatro meses que consagra el artículo 136 del C.C.A. para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, término este que venció el 14 de marzo de 1990.

f): Como quiera que la demanda fue presentada el 12 de abril de 1991, es decir, cuando ya había caducado la acción, conforme a lo normado en el mencionado artículo

136 del C.C.A., lo cual impide a la Sala hacer un pronunciamiento de fondo en este proceso, como en efecto se declarará en la parte resolutiva de esta providencia.

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

FALLA:

DECLARASE INHIBIDO para hacer un pronunciamiento de fondo por haber caducado la acción.

Devuélvase al actor la suma de dinero depositada para gastos ordinarios del proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DE ESTA CORPORACION Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

VIGILANCIA PRIVADA/LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO–Cancelación/**MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**–Facultades/**SEGURIDAD PUBLICA/INTERES PUBLICO**

Siendo el oficio del comandante de la Cuarta Brigada de las Fuerzas Militares referido en un medio probatorio apto para demostrar el acaecimiento de una de las causales que prevé el artículo 4o. del Decreto Legislativo 334 de 1988, en este caso, prestar el servicio de vigilancia a personas vinculadas directa o indirectamente con el tráfico de estupefacientes, no encuentra la Sala la transgresión del artículo 36 del C.C.A., toda vez que la medida de cancelación de la licencia de funcionamiento de la actora se adecua a los fines de la norma que la autoriza, cuales son preservar el orden público evitando que a través de la actividad de vigilancia privada personas vinculadas directa o indirectamente a grupos delictivos obtengan licencia para portar armas: y es proporcional a los hechos que le sirven de causa, hechos estos que, como ya se dijo, no fueron controvertidos por la demandante. El *a-quo* en la sentencia recurrida desechó el cargo de violación del artículo 73 del C.C.A., al considerar que la norma especial no prevé el consentimiento expreso del usufructuario de la licencia de funcionamiento, dada la naturaleza misma de la función y actividad de policía desarrollada en estos casos que hace que prime el interés público sobre el particular.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2723. Recurso de apelación contra la sentencia de 26 de agosto de 1993, proferida por el Tribunal Administartivo de Cundinamarca. Actora: Sociedad Seguridad El Cóndor Limitada.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la actora contra la sentencia de la referencia, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda incoada en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., tendiente a que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 750 de 10 de febrero de 1989 y 3079 de 4 de mayo del mismo año, por las cuales el Ministerio de Defensa Nacional dispuso la cancelación de la licencia de funcionamiento que le había sido concedida a aquélla por Resolución No. 4927 de 1o. de agosto de 1988, y que como consecuencia se declare que la actora tiene derecho a continuar gozando de la licencia de funcionamiento mientras no se demuestre que su conducta es violatoria de los Decretos 2810 de 1984 y 334 de 1988, y se condene a la Nación –Ministerio de Defensa Nacional– al pago de los perjuicios materiales y morales en la forma que se indica en el libelo.

I–. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA OBJETO DEL RECURSO

Para denegar las súplicas de la demanda, consideró el *a-quo,* en síntesis, lo siguiente:

1–. La Resolución No. 750 de 10 de febrero de 1989 se expidió con fundamento en las facultades conferidas por los Decretos 2137 de 1983, 2810 de 1984 y 334 de 1988.

El Ministro de Defensa Nacional consideró que la actora infringió las disposiciones prescritas en los Decretos 2810 de 1984 y 334 de 1988, que lo facultaban para cancelar la licencia de funcionamiento a las empresas de vigilancia privada cuando no contribuyen en forma efectiva con la seguridad pública.

Por medio de la Resolución 3079 de 4 de mayo de 1989, el Ministro de Defensa Nacional resolvió el recurso de reposición interpuesto confirmando la Resolución anterior.

2–. Esgrime la actora la violación de los artículos 36 del C.C.A. y 2o. y 4o. del Decreto 334 de 1988.

Si bien es cierto la discrecionalidad se encuentra limitada, como lo afirma la actora, también lo es que cuando el Ministerio de Defensa advierte irregularidades por parte de las entidades sometidas a su control, no tiene otra opción que adoptar las medidas

que establece la ley, por lo tanto, la facultad es reglada en cuanto la irregularidad se adecua a una conducta prohibida por la Ley que conlleva, como en este caso, a la cancelación de la licencia, pero tiene un elemento de discrecionalidad por el aspecto de que se trata.

Si el legislador otorga a la Administración en ciertos casos libertad para apreciar las circunstancias y decidir si actúa o no, ese poder lo habilita para ejercer su función de la manera que libremente decida para satisfacer las necesidades públicas.

Los artículos 29 del Decreto 2810 de 1984 y 4o. del Decreto 334 de 1988 establecen las causales para la cancelación de la licencia.

Para la no renovación de la licencia se tuvo en cuenta el concepto emitido por el Comandante de la Cuarta Brigada el 27 de diciembre de 1988, en el sentido de que no debía ser renovada la licencia en razón de las transacciones realizadas por la actora con la empresa de seguridad "EXPRESS", quien en la actualidad adquirió compromisos de vigilancia con entidades vinculadas directa o indirectamente a actividades de narcotráfico.

3–. En relación con la violación del artículo 73 del C.C.A., la Sala se remite a lo expuesto en la sentencia de 6 de mayo de 1993, dentro del expediente No. 593, en cuanto a que no puede haber tal violación ya que la norma especial no prevé el consentimiento expreso del usufructuario de la licencia, y no podía hacerlo porque dada la naturaleza misma de la función y actividad de policía desarrollada, en esas licencias se hace que prime no el interés particular sino público, de modo que resultaría un contrasentido solicitar la previa aceptación del empresario.

4–. En cuanto a la violación de los artículos 20 de la Constitución anterior y 84 del C.C.A., no prospera el cargo ya que del estudio de los antecedentes administrativos y de los actos acusados no se observa que se haya presentado ninguno de los vicios descritos en esta última norma y el demandante no demostró que el motivo para ordenar la cancelación de la licencia no existió, además que, como lo asevera la demandada, no es dable a la parte demandante alegar una falsa motivación, pues conforme al concepto emitido por el Comité de Vigilancia Privada del Ministerio de Defensa se dan las causales previstas en los artículos 29 numeral 1o. del Decreto 2810 de 1984 y 4o. del Decreto 334 de 1988.

II–. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Finca el recurrente su inconformidad con base en los siguientes argumentos, los cuales pueden resumirse así:

1–. En las consideraciones del Tribunal se concluye que la facultad discrecional de la Administración es absoluta por cuanto basta una apreciación subjetiva de ésta y una sindicación realizada arbitrariamente y carente de pruebas para que se den los presupuestos exigidos por la ley.

Los fines y condiciones dados por la ley están referidos a motivos de interés público y a una serie de antecedentes factuales íntegramente relacionados con aquellos y es por ello que la decisión discrecional debe guardar invariablemente una adecuación de proporcionalidad, es decir, la administración no puede proceder por simple arbitrariedad o capricho. Debe comprobar previamente la existencia de una o varias de las causales que dan lugar a tomar la decisión, toda vez que la cancelación de una licencia de funcionamiento no es un acto discrecional sino reglado y esta reglamentación difiere si se trata de aprobar la licencia por primera vez o de renovarla.

Todo acto administrativo debe estar fundamentado verídicamente y respetar el ámbito de las atribuciones asignadas por la ley, y las irregularidades que presumiblemente advierte el Ministerio de Defensa no sólo deben adecuarse a una conducta prohibida por la ley sino adicionalmente deben ser veraces y fundadas en elementos de prueba ciertos y reales.

La Administración no puede calificar por sí y ante sí, sin que medie prueba alguna, que se está prestando el servicio de vigilancia privada a personas vinculadas directa o indirectamente con el tráfico de estupefacientes o el terrorismo o que los socios tienen vínculos con las actividades ilícitas mencionadas, o que las empresas no cumplen efectivamente con la seguridad pública.

2–. El simple concepto emitido por el Comandante de la Cuarta Brigada no puede constituir por sí mismo la configuración plena de una causal de cancelación de la licencia, pues las transacciones realizadas eran perfectamente lícitas y esos puestos de vigilancia que en su momento atendió EXPRESS y luego la demandante, en la actualidad son atendidos por otras empresas de vigilancia privada sin que se les haya comportado sanción alguna.

3–. Hubo extralimitación de funciones porque a la Administración le corresponde demostrar el motivo para ordenar la cancelación de la licencia de funcionamiento. No basta que se den las causales previstas en la ley.

4–. El espíritu de la norma es impedir que personas vinculadas al narcotráfico utilicen empresas de vigilancia privada para su propia protección, pero la demandante, como puede deducirse de los antecedentes fácticos, jamás incurrió en este tipo de conductas y, por lo tanto, no le eran aplicables las previsiones contenidas en los Decretos 2810 de 1984 y 334 de 1988.

III–. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

A través de las Resoluciones acusadas el Ministerio de Defensa Nacional canceló la licencia de funcionamiento otorgada a la sociedad actora mediante la Resolución No. 4927 de 1o. de agosto de 1988, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 4o. del Decreto 334 de 1988, esto es, por no contribuir en forma efectiva con la seguridad pública y en virtud del informe presentado por el comandante de la Cuarta Brigada de las Fuerzas Militares.

Prescribe el artículo 4o. del citado Decreto:

> "En cualquier tiempo en que el Ministerio de Defensa tenga conocimiento de que alguna empresa de vigilancia privada, a la que se haya expedido licencia de funcionamiento, viole cualquiera de las disposiciones legales, o ejerza su objeto social en forma no autorizada, o preste servicio de vigilancia a delincuentes o a personas vinculadas directa o indirectamente con el tráfico de estupefacientes o con el terrorismo, o no contribuya efectivamente con la seguridad pública, o sus socios o representantes estén vinculados a cualquiera de las actividades atrás señaladas, podrá revocar la respectiva licencia".

El aludido informe es del siguiente tenor:

> "... En concordancia con la solicitud formulada por la empresa de vigilancia privada "SEGURIDAD EL CONDOR LTDA.", con sede en la carrera 39 No. 52-21 de Medellín, para efectos de funcionamiento, el Comando de la Cuarta Brigada una vez realizada la investigación pertinente, pudo establecer:
>
> 1. La Entidad en referencia negoció con la empresa de seguridad "EXPRESS" el traslado de 118 vigilantes y 23 usuarios, no obstante haber sido cancelada la licencia de funcionamiento a la antes citada, por disposición del Ministero de Defensa Nacional, en virtud de una serie de antecedentes que implicaban a tal organización, desde su época de creación, bajo la razón social de "SEGURIDAD NUTIBARA", con personas y clientes vinculados directa o indirectamente a actividades ilícitas de narcotráfico.
>
> 2. Seguridad "EXPRESS" contaba en el momento de cancelación de su licencia de funcionamiento con 158 vigilantes de los cuales 118 pasaron como antes se dijo a Seguridad El Cóndor Ltda. Igualmente poseía 28 usuarios de los cuales trasladó un total de 23 a la misma empresa.

3. Entre los nuevos usuarios recibidos de Seguridad "Express", entidades tales, como los (sic) que se relacionan a continuación, según informaciones e indicios existentes tienen estrecha relación con personas vinculadas al narcotráfico:

– Calzado Bosi

– Joyería HR

– Joyería Basilea

Así mismo, en los siguientes centros comerciales, donde también presta servicios de seguridad, existen varios locales señalados igualmente como propiedades de personas relacionadas con este mismo tipo de actividad delictiva:

– Centro Comercial Villanueva

– Centro Comercial Camino Real

4. El actual Subgerente de la empresa de seguridad "El Cóndor", señor ROBERTO FACCIOLINCE PEREZ, se desempeñaba antiguamente como Gerente de la empresa de seguridad "EXPRESS".

Consecuente con lo anterior, el Comando de la Cuarta Brigada CONCEPTUA que no debe ser renovada la licencia de funcionamiento de la empresa de vigilancia privada "SEGURIDAD EL CONDOR LTDA." en razón a las transacciones realizadas con la empresa de seguridad "EXPRESS" y en virtud de que en la actualidad adquirió compromisos de vigilancia con entidades vinculadas directa o indirectamente a actividades ilícitas de narcotráfico..." (folios 276 a 277 cuaderno principal).

La actora aduce en el recurso que la Administración incurrió en extralimitación de funciones por falsa motivación y falta de motivación porque los elementos de prueba no son veraces; el simple concepto no puede constituir la configuración plena de una causal de cancelación, además que la demandada jamás incurrió en las conductas que se le endilgan. En este sentido está ratificando lo expresado en el concepto de violación del libelo respecto de los artículos 2o. y 4o. del Decreto 334 de 1988; 36 y 84 del C.C.A. y 20 de la Constitución Política de 1886.

Descarta la Sala la transgresión del artículo 2o. del Decreto 334 de 1988 por cuanto él consagra la facultad discrecional del Ministerio de Defensa Nacional para otorgar o no licencia de funcionamiento, por primera vez, a las empresas de vigilancia privada que la soliciten, pudiendo acudir a cualquier medio para verificar la existencia de antecedentes penales, mala conducta y si se fomenta o no la seguridad pública y con base en ello determinar la conveniencia o inconveniencia de autorizar el servicio de la actividad.

En el evento *sub-lite* se aplica el precepto contenido en el artículo 4o. del Decreto 334 de 1988 transcrito, toda vez que en los actos acusados se dispuso la cancelación de la licencia de funcionamiento de la demandante.

En relación con esta norma esta Corporación en sentencia de 26 de noviembre de 1993, expediente No. 2563, actora: Seguridad Guerra Ltda., con ponencia del Consejero, doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, expresó:

> "... para revocar o cancelar la licencia de funcionamiento a una empresa de vigilancia privada existe también la discrecionalidad de la administración para tomar dicha medida si lo juzga oportuno y conveniente, estando en presencia de circunstancias fácticas determinadas, en orden a preservar o mantener la seguridad pública.
>
> Si bien existen estas causales, como también están previstas otras de manera específica y concreta en el artículo 29 del Decreto Reglamentario 2810 de 1984, cuya ocurrencia –basta la de una de ellas– determina la cancelación de la licencia de funcionamiento a una empresa de vigilancia privada, que hacen deducir el carácter reglado de esa concreta actividad, lo cierto es que resulta claro, según el tenor literal y filosofía que caracterizan las disposiciones preseñaladas (artículos 2o. y 4o. del Decreto Legislativo 334 de 1988), que la evaluación de algunos factores que inciden en ella –como son los expuestos en las Resoluciones atacadas, referidos específicamente a las causales previstas en el artículo 4o. del Decreto 334, citado, comporta un elemento de discrecionalidad indiscutible por la materia que se trata, como lo destacó acertadamente el *a-quo*...".

Ahora bien, para la comprobación de las causales de que trata el artículo 4o. mencionado bien puede la administración acudir a cualquier medio probatorio, pues el conocimiento que se tenga de los hechos constitutivos de una causal de revocatoria de la licencia de funcionamiento guarda, indefectiblemente, relación con los medios de prueba que se alleguen para tal fin.

En el evento *sub-lite* el Oficio del Comandante de la Cuarta Brigada de las Fuerzas Militares, constituye el punto central respecto del cual gira la controversia.

La actora se limita a afirmar: que hubo extralimitación de funciones por falta de motivación, lo cual no acontece en este caso dado que la decisión se fundamentó en el Oficio mencionado y en la facultad que le otorga al Ministerio de Defensa Nacional el artículo 4o. del Decreto 334 de 1988; que la motivación es falsa y las pruebas no son veraces, pero no demuestra que la empresa de seguridad "EXPRESS" y los usuarios que recibió de ésta no tienen vinculación directa o indirecta con actividades de narcotráfico.

Siendo el Oficio referido un medio probatorio apto para demostrar el acaecimiento de una de las causales que prevé el artículo 4o. del Decreto Legislativo 334 de 1988, en este caso, prestar el servicio de vigilancia a personas vinculadas directa o indirectamente con el tráfico de estupefacientes, no encuentra la Sala la transgresión del artículo 36 del C.C.A., toda vez que la medida de cancelación de la licencia de funcionamiento de la actora se adecua a los fines de la norma que la autoriza, cuales son preservar el orden público evitando que a través de la actividad de vigilancia privada personas vinculadas directa o indirectamente a grupos delictivos obtengan licencia para portar armas; y es proporcional a los hechos que le sirven de causa, hechos estos que, como ya se dijo, no fueron controvertidos por la demandante.

Descartada tal violación lo está por ende la de los artículos 84 del C.C.A. y 20 de la Constitución de 1886.

Observa la Sala que el *a-quo* en la sentencia recurrida desechó el cargo de violación del artículo 73 del C.C.A., al considerar que la norma especial no prevé el consentimiento expreso del usufructuario de la licencia de funcionamiento, dada la naturaleza misma de la función y actividad de policía desarrollada en estos casos, que hace que prime el interés público sobre el particular.

Como quiera que en torno de este aspecto el apelante no manifiesta inconformidad alguna, ello releva a la Sala de hacer pronunciamiento alguno al respecto.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de 26 de agosto de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE/REPOSICION DE VEHICULOS/ PARQUE AUTOMOTOR/TAXI COLECTIVO/REPOSICION POR TRANSFORMACION–Abolición/**SUSPENSION PROVISIONAL**

El artículo 81 del Decreto 1787 de 1990 prevé dos modalidades para la reposición de vehículos: por sustitución y por transformación. De tal manera que al consagrar el artículo 2o. que sólo podrá autorizar el ingreso de vehículos clase microbús (taxi colectivo) al servicio público de pasajeros, previo el cumplimiento de los requisitos allí indicados, requisitos estos que se refieren a vehículos nuevos, se infiere la abolición de la modalidad de reposición por transformación, y en este sentido se transgrede el referido artículo 81 del Decreto 1787 de 1990, por lo cual procede la medida de suspensión provisional de los efectos del artículo 2o. CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del artículo 2o. y REVOCA LA SUSPENSION PROVISIÓNAL de los efectos de los artículos 1o., 3o. y 5o. del Decreto 612 de 1993 expedido por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ACTO PARTICULAR

El análisis de la violación del art. 73 del C.C.A. sólo es viable de efectuar frente a actos de contenido particular, individual y concreto y, por lo mismo, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Como estos eventos no se dan en el presente caso, habrá de denegarse la medida precautelativa impetrada en relación con el artículo 1o. acusado. CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del artículo 2o. y REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los

efectos de los artículos 1o., 3o. y 5o. del Decreto 612 de 1993 expedido por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá.

ALCALDE MAYOR DEL DISTRITO CAPITAL–Facultades/**DEROGATORIA EXPRESA/SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE**–Reestructuración/ **RUTAS Y HONORARIOS**

Los argumentos de recurrente en cuanto a que la Ley 105 de 1993 y el Decreto Nacional No. 1128 de 1977 constituyen el soporte legal de los actos cuestionados, no son de recibo pues, en primer término, la citada Ley se expidió con posterioridad a aquéllos, y, en segundo término, el artículo 125 del Decreto 1787 de 1990 derogó expresamente en su totalidad las normas contenidas, entre otros, en el Decreto 1128 de 1977, que aprobó el Acuerdo No. 007 de 1977 de la Junta Directiva del Intra, dentro del cual se encontraba la facultad otorgada al Alcalde Mayor de Bogotá para reestructurar la prestación del servicio de transporte en lo referente a rutas y frecuencias de despacho, aspectos estos que según el apelante conforman el concepto de capacidad transportadora. CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del artículo 2o. y REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de los artículos 1o., 3o. y 5o. del Decreto 612 de 1993 expedido por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2873. Recurso de apelación contra el auto de 27 de enero de 1994, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Distrito Capital contra el proveído de la referencia en cuanto en su punto 2o. dispuso decretar la suspensión provisional de los efectos de los artículos 1o. a 3o. y 5o. del Decreto No. 612 expedido por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, el 14 de octubre de 1993, POR EL CUAL SE PROMUEVE LA REPOSICION DEL EQUIPO AUTOMOTOR Y SE REGLAMENTA EL INGRESO DE VEHICULOS CLASE MICROBUS (TAXI COLECTIVO) AL SERVICIO PUBLICO.

I–. FUNDAMENTOS DEL PROVEIDO RECURRIDO

Para acceder a la solicitud de la medida precautelativa consideró el *a-quo,* en síntesis, lo siguiente:

1–. Es evidente que en los artículos 2o. y 3o. acusados se establecen requisitos adicionales para el ingreso de vehículos clase microbús (taxi colectivo) al servicio público de pasajeros, por encima de los exigidos en la reglamentación general que regula la actividad transportadora. En consecuencia, se viola el artículo 84 de la Constitución Política, el cual estatuye que cuando una actividad haya sido reglamentada de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.

2–. Para estudiar la solicitud de suspensión provisional de los efectos de los artículos 1o., 2o., 3o. y 5o. por violación manifiesta de los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, el *a-quo* se remitió a lo expresado por la Sección Primera del Tribunal en providencia de 9 de diciembre de 1993, con ponencia del Magistrado doctor Darío Quiñones Pinilla, en la cual se dijo que la exigencia de requisitos para el ingreso de buses y busetas y para la utilización de la capacidad máxima transportadora, no señalada en la ley, contradice abiertamente el artículo 333 de la Carta que preceptúa que nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley, y así mismo se quebranta el artículo 334 *ibídem* por cuanto, si bien es cierto que este precepto constitucional prevé que el Estado puede intervenir en los servicios públicos y privados, ello es posible por mandato de la ley, y al tomar el Alcalde Mayor las medidas señaladas en el artículo 5o., intervino en el servicio público de transporte sin un mandato legal que se lo permitiera.

II–. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Finca el recurrente su inconformidad con el proveído recurrido, a través de los siguientes argumentos, los cuales pueden resumirse así:

1–. El acto acusado no ha transgredido en manera alguna el artículo 84 de la Constitución Política, pues sólo constituye una expresión de potestad administrativa según la cual el Alcalde Mayor, como Jefe de Gobierno y de la Administración Distrital, tiene capacidad jurídica de expresar en actos administrativos sus decisiones de carácter general dentro del área de su jurisdicción.

El acto acusado entra en vigencia desde su publicación pero entendiendo que su vigencia es hacia el futuro. La vigencia y la eficacia del acto acusado le otorgan soporte para que esté respaldado en la Ley 105 de 1993 (artículo 6o. y parágrafo 1).

Del contenido de dichas normas se puede ver que no se ha contemplado requisito adicional alguno diferente a lo reglado en la ley, razón ésta suficiente para reconsiderar la decisión impugnada.

2–. Los primeros pasos que encaminaron la intervención del Estado en la economía se plasmaron en la reforma constitucional de 1936 con la materia de la expropiación.

Sobre el tema que nos ocupa, la Ley 15 de 1959 previó la dirección y control del transporte. Por ello los cánones constitucionales 333 y 334 deben ser observados con una óptica completa para poder comprender la totalidad de sus preceptos y no con la parcialidad que pretende dibujarlos el demandante.

La libertad que supone vulnerada tiene un aspecto paralelo. Frente al derecho de iniciativa económica, tiene la obligación de comportarse su ejercicio dentro de los parámetros que el Estado señale. El acto acusado no restringe la industria del transporte, ni pretendió someter arbitrariamente el libre comercio. Tan solo ha ejercido su potestad constitucional y legal de regular el caos que se desprende de la irracional saturación del parque automotor sobre el cual está encaminado el objeto de la norma.

También sirve de soporte legal el Decreto Nacional 1128 de 1977, el cual en su artículo 1o. delegó en el Alcalde Mayor de la ciudad, entre otras funciones, la de reestructurar la prestación del servicio de transporte en lo referente a rutas y frecuencia de despacho.

Estos factores determinan la capacidad transportadora de una empresa de transporte público en general, según definición del parágrafo único del artículo 1o. del Decreto Nacional No. 2658 de 1981.

3–. Para ser establecida la capacidad transportadora está precedida de una serie de estudios y lleno de requisitos, es decir, se convierte en una mera expectativa que no genera obligatoriedad alguna.

A las empresas al serle establecida tal capacidad, se efectúa mediante un acto general, que sólo adquiere configuración de manera particular cuando le es adjudicada a un determinado individuo.

El artículo 1o. no ha revocado derecho particular determinado, por cuanto no ha excluido de manera concreta titular de derecho subjetivo alguno. Es una norma complementaria de las que hasta la fecha han sido expedidas por las autoridades competentes para regular el servicio público de transporte.

III–. LA DECISION

Para resolver **se considera:**

Preceptúan los actos impugnados:

"ARTICULO 1o. Redúcese en un cincuenta por ciento (50%) la capacidad transportadora disponible a las empresas que prestan el servicio público de transporte urbano en vehículos clase microbús (taxi colectivo).

Cuando la capacidad disponible fuere impar, el número de vehículos clase microbús (taxi colectivo) que se puede inscribir será la mitad de aquella aumentada a la unidad siguiente".

"ARTICULO 2o. Una vez agotada la capacidad transportadora máxima autorizada conforme al artículo anterior sólo se podrá autorizar el ingreso de vehículos clase microbús (taxi colectivo) al servicio público de pasajeros cuando se reúnan los siguientes requisitos:

1o. Que el interesado acredite el retiro simultáneo del servicio en la ciudad de un vehículo clase microbús (taxi colectivo) de cualquier año o modelo.

2o. Que el vehículo nuevo que se registre esté dotado de equipo y aditamentos que aseguren el mínimo posible de contaminación.

3o. Que el nuevo vehículo transporte como máximo 19 pasajeros sentados.

4o. Que el nuevo vehículo tenga dirección adelantada".

"ARTICULO 3o. Los vehículos que ingresen conforme a las disposiciones de este Decreto deberán ser del modelo correspondiente al año en que se inscriban".

"ARTICULO 5o. Suspéndese la concesión de licencias de funcionamiento a nuevas empresas de transporte urbano en microbuses (taxi colectivo). Tampoco se podrá ampliar o adicionar la capacidad transportadora máxima autorizada a las empresas existentes".

Frente a los artículos 2o. y 3o. transcritos el *a-quo* halló probado el cargo de violación del artículo 84 de la Constitución Política, por cuanto la actividad que nos atañe está reglamentada de manera general en la ley y, por lo mismo, no pueden exigirse requisitos adicionales, permisos o licencias. Sin embargo no menciona la ley que reglamenta tal actividad, como tampoco lo hizo el actor en el escrito contentivo de la solicitud de suspensión provisional (folio 12), y respecto de la cual ha de operar necesariamente la confrontación que permita establecer cuáles son los requisitos que señala la ley y que pueden considerarse adicionales en las normas acusadas que conduzcan por lo mismo a la violación del artículo 84 de la Carta.

El *a-quo* se limita a afirmar que los artículos 1o. a 3o. y 5o. quebrantan los artículos 333 y 334 de la Constitución Política porque el artículo 333 preceptúa que nadie puede exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley, y porque si bien es cierto que el artículo 334 prevé que el Estado puede intervenir en los servicios públicos y privados, ello sólo es posible por mandato de la ley, y en este caso el Alcalde Mayor intervino el servicio público de transporte sin un mandato legal que se lo permitiera.

Como lo advirtió la Sala en providencia de 22 de abril de 1994, expediente No. 2841, actor: Luis Carlos Sáchica Aponte, Consejero Ponente doctor Yesid Rojas Serrano, y ahora lo reitera, tal afirmación por el momento no resulta absolutamente cierta por cuanto, llegar a ella, implica un examen de toda la legislación que regula y fundamenta las funciones y atribuciones del Alcalde Mayor, lo cual no es dable de efectuar en esta etapa procesal.

Pero esto no obsta para que la Sala analice los cargos restantes que, por obvias razones, dejó de estudiar el *a-quo*.

Argumenta el actor que el artículo 5o. del Decreto cuestionado viola manifiestamente los literales b) y h) del artículo 1o. del Decreto 080 de 1987, porque del contenido de los mismos se deduce que el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá sólo está autorizado por la Ley para dictar actos administrativos de alcance particular, como son: otorgar, negar, modificar, revocar y cancelar licencias de funcionamiento de las empresas de transporte de pasajeros en su jurisdicción (literal b) y fijar la capacidad transportadora de las mismas (literal h), no pudiendo legislar por vía general y con efecto indefinido.

La Sala en la sentencia de 11 de diciembre de 1992, expediente No. 2050, con ponencia del Consejero doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, precisó que las disposiciones de dicho Decreto Ley y su reglamento, esto es, el Decreto 265 de 1988, deben entenderse derogadas tácitamente por el Decreto Especial 0493 de 1990. Luego, si el acto acusado se expidió con posterioridad de tres años a dicha derogatoria, por sustracción de materia no es posible hacer la confrontación que exige el artículo 152 del C.C.A.

Invoca el actor la violación del artículo 81 del Decreto 1787 de 1990, por parte del artículo 2o. enjuiciado, ya que este último restringió el ingreso de vehículos al sistema de sustitución e ilegalmente prohibió a los particulares adelantar programas de reposición por el sistema de transformación.

Sobre el particular cabe advertir que evidentemente el artículo 81 del referido Decreto prevé dos modalidades para la reposición de vehículos: por sustitución y por transformación. De tal manera que al consagrar el artículo 2o. que sólo se podrá autorizar el ingreso de vehículos clase microbús (taxi colectivo) al servicio público de pasajeros previo el cumplimiento de los requisitos allí indicados, requisitos estos que se refieren a vehículos nuevos, se infiere la abolición de la modalidad de reposición por

transformación, y en este sentido se transgrede el referido artículo 81 del Decreto 1787 de 1990, por lo cual procede la medida de suspensión provisional de los efectos del artículo 2o. como en efecto se dispondrá en la parte resolutiva de este proveído, confirmando en este aspecto el auto recurrido.

Según el demandante el artículo 1o. acusado viola en forma manifiesta el artículo 73 del C.C.A. porque al reducir en un cincuenta por ciento (50%) la capacidad transportadora disponible de las empresas que prestan el servicio público de transporte no hizo más que revocar, sin el consentimiento expreso y escrito de los respectivos titulares, los actos administrativos de carácter particular y concreto que se le habían otorgado.

Estima la Sala que el análisis de la violación del artículo 73 del C.C.A. sólo es viable de efectuar frente a actos de contenido particular, individual y concreto y por lo mismo a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Como estos eventos no se dan en el presente caso, habrá de denegarse la medida precautelativa impetrada en relación con el artículo 1o. acusado.

Finalmente, considera la Sala que los argumentos del recurrente en cuanto a que la Ley 105 de 1993 y el Decreto Nacional No. 1128 de 1977 constituyen el soporte legal de los actos cuestionados, no son de recibo, pues, en primer término, la citada Ley se expidió con posterioridad a aquéllos, y, en segundo término, el artículo 125 del Decreto 1787 de 1990 derogó expresamente en su totalidad las normas contenidas, entre otros, en el Decreto 1128 de 1977 que aprobó el Acuerdo No. 007 de 1977 de la Junta Directiva del Intra, dentro del cual se encontraba la facultad otorgada al Alcalde Mayor de Bogotá para reestructurar la prestación del servicio de transporte en lo referente a rutas y frecuencias de despacho, aspectos estos que según el apelante conforman el concepto de capacidad transportadora.

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

RESUELVE:

1o. CONFIRMASE el auto de 27 de enero de 1994, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos del artículo 2o. acusado, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2o. REVOCASE el citado proveído en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos de los artículos 1o., 3o. y 5o., y, en su lugar, se dispone: DENIEGASE la suspensión provisional de las referidas normas.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION SUPERIOR/INSTITUCION DE EDUCACION SUPERIOR/CONSEJO SUPERIOR–Integración/**PLAZO/ ABUSO DE PODER/CONSEJO SUPERIOR**–Facultades/**SUSPENSION PROVISIONAL**

Al ordenar las normas invocadas como infringidas la expedición de disposiciones transitorias que fijen los requisitos y procedimientos para la elección de los representantes a los Consejos Superiores o Directivos, en una fecha límite para tal fin, se busca que tengan plena y pronta operancia tales nuevos Consejos Superiores o Directivos conformados en la manera prevista por la Ley. No que se prorrogara transitoriamente el período del actual Consejo Superior. El nuevo Consejo Superior previsto no podrá tener la operancia oportuna y plena buscadas en la Ley y la Resolución antes referidas pues si bien es cierto el Acuerdo 00106 de 27 de diciembre de 1993, expedido por el Consejo Superior de la Universidad Surcolombiana, contentivo del Estatuto General de la misma prevé la conformación y requisitos para los miembros de dicho Consejo, inhabilidades e incompatibilidades, no es menos cierto que no fijó el procedimiento para su elección, y el ejercicio de sus funciones, según se desprende del acto acusado, está supeditado al cumplimiento del período estatutario del Consejo actual, prorrogado en el acto acusado, sin facultad para ello. DECRETARSE LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del artículo transitorio 74 del Acuerdo 00106 de 27 de diciembre de 1993.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2876. Acción: Nulidad. Actora: Asociación Sindical de Profesores Universitarios, ASPU, y otros.

La ASOCIACION SINDICAL DE PROFESORES UNIVERSITARIOS, ASPU, el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA y los ciudadanos LIBARDO CASANOVA Y ARMANDO SASTOQUE, a través de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitan de esta Corporación la declaratoria de nulidad del artículo 74 del Acuerdo No. 00106 de 27 de diciembre de 1993, expedido por el Consejo Superior de la Universidad Surcolombiana; del Acuerdo No. 0004 de 27 de enero de 1994, por medio del cual se establece el cronograma para la designación de Rector y se fijan parámetros para la respectiva consulta, expedido por el Consejo Superior de la Universidad Surcolombiana; de los actos contenidos en las Actas Nos. 004 de 8 de marzo de 1994 y 005 de 10 de marzo del mismo año; y del Acuerdo No. 0019 de 8 de marzo de 1994, por medio del cual se reglamenta el proceso de designación de Rector, expedido por el Presidente y Secretario *Ad-Hoc* del Consejo Superior de la citada Universidad.

Como la demanda reúne los requisitos legales, la Sala la admitirá en la parte resolutiva de esta providencia.

SUSPENSION PROVISIONAL

Solicita la parte actora la medida precautelativa en relación con el artículo 74 transitorio del Acuerdo No. 00106 de 27 de diciembre de 1993, por violación de la Resolución No. 03494 de 14 de julio de 1993, emanada del Ministerio de Educación Nacional y el artículo 141 de la Ley 30 de 1992.

Hace consistir los cargos de violación, en síntesis, así:

1–. La Resolución No. 03494 de 14 de julio de 1993 en su artículo 1o. prevé que las Instituciones Estatales u Oficiales de Educación Superior dispondrán de un plazo hasta el 28 de diciembre de 1993 para adecuar su organización y funcionamiento a las disposiciones de la Ley 30 de 1992, y especialmente en los siguientes aspectos: expedición del nuevo Estatuto General, integración de los nuevos Consejos Superiores o Directivos, según el caso y designación del Rector.

2–. La orden de la Resolución en el numeral 3o. es integrar los Consejos Superiores Universitarios de conformidad con el nuevo estatuto. El artículo 74 transitorio cuestionado, por abuso y exceso de poder convirtió el espíritu transitorio del legislador en norma permanente con el único objeto de que prevaleciera el interés particular sobre el interés general.

II-. LA DECISION

Para resolver **se considera:**

Prescribe el artículo acusado:

"Los actuales miembros del Consejo Superior continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta su culminación del período previsto en el presente estatuto y se contará a partir del momento de su posesión".

Estatuye el artículo 141 de la Ley 30 de 1992 citado como infringido:

"En las instituciones estatales u oficiales de Educación Superior, los Consejos Superiores actualmente existentes, fijarán transitoriamente los requisitos y procedimientos para la elección de los miembros de los Consejos Superiores a que hace relación el literal d) del artículo 64 de la presente ley".

La Resolución No. 03494 de 14 de julio de 1993, expedida por el Ministerio de Educación Nacional con fundamento en la Ley 30 de 1992, concedió en su artículo 1o. a las instituciones estatales u oficiales de educación superior un plazo hasta el 28 de diciembre de 1993 para que adecuaran su organización y funcionamiento a las disposiciones de dicha ley, específicamente, entre otros aspectos, en lo relativo a la fijación transitoria de los requisitos y procedimientos para la elección de los miembros a los Consejos Superiores o Directivos, e integración de los mismos.

Infiere la Sala que al ordenar las normas invocadas como infringidas la expedición de disposiciones transitorias que fijen los requisitos y procedimientos para la elección de los representantes a los Consejos Superiores o Directivos, en una fecha límite para tal fin, se busca que tengan plena y pronta operancia tales nuevos Consejos Superiores o Directivos conformados en la manera prevista por la ley. No que se prorrogara transitoriamente el período del actual Consejo Superior.

En el evento *sub-lite* observa la Sala que el nuevo Consejo Superior previsto no podrá tener la operancia oportuna y plena buscadas en la Ley y la Resolución antes referidas pues si bien es cierto que el Acuerdo No. 00106 de 27 de diciembre de 1993, expedido por el Consejo Superior de la Universidad Surcolombiana, contentivo del Estatuto General de la misma, prevé la conformación y requisitos para los miembros de dicho Consejo, inhabilidades e incompatibilidades, no es menos cierto que no fijó el procedimiento para su elección, y el ejercicio de sus funciones, según se desprende del acto acusado, está supeditado al cumplimiento del período estatutario del Consejo actual, prorrogado en el acto acusado, sin facultad para ello.

Como quiera que es evidente que el acto acusado contraviene la voluntad de la Ley y de la Resolución emanada del Ministerio de Educación Nacional, habrá lugar a

acceder a la suspensión provisional de sus efectos, como en efecto se hará en la parte resolutiva de este proveído.

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

RESUELVE:

1o): ADMITESE la demanda promovida por la ASOCIACION SINDICAL DE PROFESORES UNIVERSITARIOS, ASPU, el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA y los ciudadanos LIBARDO CASANOVA Y ARMANDO SASTOQUE, a través de apoderado. En consecuencia, se dispone:

a): NOTIFIQUESE personalmente esta providencia a la señora Procuradora Delegada en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación.

b): NOTIFIQUESE personalmente esta providencia, con entrega de copias de la demanda y sus anexos, al señor Rector de la Universidad Surcolombiana. Para la práctica de esta diligencia, comisiónase al Tribunal Administrativo del Huila a quien se enviarán los insertos del caso.

c): FIJESE el proceso 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.oo) para atender los gastos ordinarios del proceso.

e): SOLICITESE a la Secretaría de la Universidad Surcolombiana el envío de los antecedentes administrativos de los actos acusados.

2o): DECRETASE la suspensión provisional de los efectos del artículo transitorio 74 del Acuerdo No. 00106 de 27 de diciembre de 1993.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

INSTITUTO NACIONAL DE SALUD–Reestructuración

La consonancia que predica el artículo transitorio 20 de la Carta Política, no se cirscunscribe de manera exclusiva a la redistribución de competencias y recursos que establece la Constitución, pues aun cuando el Constituyente sí hizo énfasis en ello cuando empleó la expresión "y en especial", esto no significa que la reestructuración, fusión o supresión de las entidades en él mencionadas deba girar únicamente en torno de dicho aspecto, entre otras, por cuanto la reforma constitucional abordó otras materias de vital importancia para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. De otra parte, como lo observa la parte demandada en sus alegaciones, del texto de los artículos 3o. a 10o., entre otros, del Decreto enjuiciado, que señalan los objetivos y funciones del Instituto Nacional de Salud, se infiere que la reestructuración de la entidad tiende a adecuarla a los mandatos constitucionales relacionados con la tarea del Estado en materia de salud y le atribuye la calidad de autoridad técnica en cuanto a la ejecución, promoción, orientación y coordinación de la investigación científica en dicho campo. LEVANTA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del artículo 43 del Decreto 2166 de 1992 expedido por el Gobierno Nacional, en la expresión "... dentro del año siguiente a la vigencia del mismo", decretada en el auto admisorio de la demanda, de fecha 10 de junio de 1993.

DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES–Temporalidad/PLANTA DE PERSONAL/INSTITUTO NACIONAL DE SALUD/JUNTA DIRECTIVA–Facultades/GOBIERNO NACIONAL–Facultades

Los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo transitorio 20 tienen la misma fuerza o entidad normativa que la Ley y, en tal virtud, sólo son susceptibles de contrariar disposiciones de orden constitucional. El señalamiento del plazo para que las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado adecuen la estructura interna y la planta de personal a las decisiones adoptadas en virtud de la reestructuración, fusión o supresión de las mismas, no puede considerarse como una prórroga o ampliación de la facultad legislativa excepcional transitoria de la que la Carta Política revistió al Gobierno Nacional en su artículo transitorio 20, pues la tarea de adecuar tal estructura, y planta de personal, es de carácter administrativo que tales entes tienen en forma permanente (artículo 26 liberal b) del Decreto 1050 de 1968 y 74 del Decreto 1042 de 1978), para lo cual no requieren de autorización expresa ni de la indicación de término alguno para su ejercicio, sino que ha de entenderse como que se trata de un término que cumple un fin específico, circunscrito a los efectos de la decisión adoptada de reestructurar, fusionar o suprimir la entidad. LEVANTA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del artículo 43 del Decreto 2166 de 1922 expedido por el Gobierno Nacional, en la expresión "... dentro del año siguiente a la vigencia del mismo", decretada en el auto admisorio de la demanda, de fecha 10 de junio de 1993.

SUPRESION DE EMPLEOS/INTERES GENERAL/DERECHOS ADQUIRIDOS–Inexistencia/**DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES**–Naturaleza

Cuando el Constituyente facultó al Gobierno Nacional para reestructurar, fusionar o suprimir las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta del orden nacional, de antemano lo estaba autorizando para suprimir los cargos o empleos que no se requirieran para las necesidades del servicio, ello en virtud de la aplicación del principio de la prevalencia del interés general sobre el particular, el cual impide hablar de derechos adquiridos a permanecer en un cargo o empleo o a no ser desvinculado del mismo en razón de la inscripción en el escalafón de la carrera administrativa, y sin perjuicio, obviamente, de indemnizar el daño que se le puede irrogar al titular de dicho cargo o empleo que, como consecuencia de la decisión adoptada, hubiera sido privado del mismo. De otra parte, al ser las facultades otorgadas al Gobierno Nacional por el artículo transitorio 20 de carácter

legislativo, por las materias que regulan, que son las mismas que el artículo 150-7 de la Carta atribuyó al Congreso de la República, los derechos expedidos por aquel en uso de tales facultades, tienen la misma fuerza o entidad normativa que la Ley, por lo cual bien podía el Gobierno, en armonía con lo preceptuado en el artículo 125 ibídem, consagrar como causal de retiro la supresión del cargo o empleo, resultante de las decisiones de reestructurar, fusionar o suprimir las ya mencionadas entidades u organismos. LEVANTA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del artículo 43 del Decreto 2166 de 1992, en la expresión "... dentro del año siguiente a la vigencia del mismo", decretada en el auto admisorio de la demanda, de fecha 10 de junio de 1993.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2462. Actor: José Antonio Galán Gómez.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada por el ciudadano José Antonio Galán Gómez, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., tendiente a que se declare la nulidad del Decreto No. 2166 de 30 de diciembre de 1992 "por el cual se reestructura el Instituto Nacional de Salud", expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

I–. ANTECEDENTES

a.– Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación.

El actor formula los siguientes cargos en contra del acto acusado, con fundamento en las razones que se resumen a continuación, expresadas en la demanda (fls. 67 a 76):

Primer cargo.– Violación del artículo transitorio 20 de la Carta por cuanto la comisión de expertos no emitió concepto alguno sobre la materia que regula el acto acusado.

Segundo cargo.– Violación de los artículos 1o., 209 y 356 a 364, de la Carta Política, toda vez que el acto acusado fue expedido con desviación de poder al no cumplir lo señalado en el artículo 20 transitorio de la Carta, que consiste en poner en consonancia la entidad con los mandatos de la reforma constitucional y especialmente

con la redistribución de competencias y recursos. Agrega el actor que tampoco dispuso lo necesario para colocar a la entidad reformada en consonancia con las disposiciones de la descentralización territorial.

Tercer cargo.– Violación del artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, pues mientras que esta disposición señala que en los establecimientos públicos, como lo es el Instituto Nacional de Salud, pueden existir, como en efecto existen, empleados públicos que tengan el carácter de trabajadores oficiales, el artículo 24 del acto acusado clasifica a todo su personal como empleados públicos.

Cuarto cargo.– Violación del artículo 4 numeral 8 de la Ley 27 de 1992 por parte del artículo 25 numeral 4 del Decreto acusado, pues clasifica como empleados públicos de libre nombramiento y remoción a todos los empleados de tiempo parcial del Instituto Nacional de Salud, sin tener en cuenta las excepciones que consagra dicha norma.

Quinto cargo.– Los artículos 26 a 41 y 43 a 45 del Decreto 2166 de 1992, los cuales consagran normas transitorias que deben aplicarse a los empleados públicos desvinculados de sus cargos como consecuencia de la reestructuración del Instituto Nacional de Salud, violan el artículo 20 transitorio de la Constitución por falta de competencia y extralimitación de funciones del Gobierno Nacional, en cuanto que habiéndose señalado un término dentro del cual podía el Gobierno reestructurar las entidades, dieciocho (18) meses, los artículos acusados prorrogaron dicho término más allá del 7 de enero de 1993, fecha en la cual pereció el mencionado plazo.

Además, el Gobierno no podía delegar en la Junta Directiva del Instituto la facultad para reestructurar, otorgada por el citado artículo transitorio 20 de la Carta.

Sexto cargo.– Los artículos 24 a 41 y 43 a 45 del Decreto acusado violan el artículo 20 transitorio de la Carta pues el Gobierno Nacional no estaba facultado por esta norma ni por las demás disposiciones de rango constitucional citadas en la demanda (1o., 150, 188, 189, 200, 209 y 356 a 364) para regular lo referente al régimen laboral administrativo de los empleados públicos, como formas de retiro, indemnizaciones, bonificaciones, planta de personal, etc.

Séptimo cargo.– Los artículos 32 a 41 del acto acusado violan las mismas disposiciones señaladas en el cargo anterior, por extralimitación de funciones, y el artículo 8o. de la Ley 27 de 1992, por omisión, pues ellas no confieren al Gobierno Nacional la atribución de crear y reglamentar indemnizaciones y bonificaciones para los funcionarios de carrera, escalafonados, en período de prueba y nombrados provisionalmente. Debe tenerse en cuenta que el acto acusado sólo se expidió en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo transitorio 20 y no con base en la citada norma legal, la cual sí lo facultaba para ello.

b.– 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. 107 a 117 y 151 a 167):

En relación con el primer cargo.– Para expedir los Decretos necesarios con base en las facultades conferidas por el artículo transitorio 20 de la Constitución, el Gobierno tuvo en cuenta las observaciones y recomendaciones sometidas a su consideración por la Comisión que se integró para tal fin mediante el Decreto 2440 de 30 de octubre de 1991, y acogió aquellas que encontró pertinentes.

La expresión "tener en cuenta" no significa "acoger", que hubiese sido el verbo utilizado por la Asamblea Nacional Constituyente en caso de haber querido obligar al Gobierno a hacer suyos los criterios de la Comisión.

En relación con el segundo cargo.– El Decreto No. 2166 de 1992 reestructura el Instituto Nacional de Salud para adecuarlo con los mandatos de la Constitución de 1991 en relación con tareas del Estado como son la salud y la investigación científica, igualmente le atribuye la calidad de autoridad técnica en todo lo referente a la ejecución, promoción, orientación y coordinación de la investigación científica en salud y biomedicina.

El Decreto crea además los órganos de dirección y administración que permiten al Instituto desempeñar a cabalidad sus funciones en materia de salud, los cuales son un Consejo Científico y un Fondo Especial para Investigaciones.

Además de lo anterior, se establece en el Decreto acusado la posibilidad que tiene el Instituto de delegar el cumplimiento de algunas de sus funciones en otras entidades descentralizadas territorialmente o por servicios.

Finalmente, en relación con este cargo, es dable exponer las teorías que se han planteado sobre el tema:

La primera de ellas, denominada "Interpretación restringida", conforme a la cual solamente es posible suprimir, fusionar y reestructurar los organismos y entidades cuyas normas básicas fueron inconstitucionales, según los mandatos de la nueva Carta. Y la segunda, llamada "Interpretación amplia", según la cual cualquier entidad u organismo se debía fusionar, suprimir o reestructurar así su ley básica no estuviera viciada de inconstitucionalidad sobreviviente.

"... si el artículo transitorio 20 dio la orden de 'ponerlas en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional', no podemos, so pretexto de interpretar lo que es claro, determinar que dentro de la expresión mandatos hay unos artículos que se deben tener en cuenta y otros que no, porque si ese hubiera sido el querer del

Constituyente lo habría dicho, como lo indicó cuando hizo énfasis en aquellos que redistribuían competencias y recursos".

Así, al ordenársele al Gobierno "PONER EN CONSONANCIA" la administración pública con los mandatos de la nueva Constitución, es evidente que dichos mandatos incluían no solamente los 380 artículos, sino los principios y finalidades del Estado que también forman la Constitución Política, siendo esta la verdadera "CONSONANCIA" que debió cumplirse.

En relación con el tercer cargo.– El artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 consagra que en los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, como alternativa para que las entidades que cumplan determinadas funciones puedan, si lo consideran conveniente, vincular personal mediante tal tipo de contratación, pero nunca lo prevé como obligación legal. Por tanto, "si el Gobierno consideró que de las nuevas funciones atribuidas al Instituto Nacional de Salud por el Decreto 2166 de 1992, ninguna era de aquellas que podrían ser desempeñadas por personal vinculado por contrato de trabajo, podia perfectamente disponer, como en efecto lo hizo, que el carácter de los servidores del mencionado Instituto fuera el de empleados públicos sujetos al régimen legal vigente para el personal vinculado a los organismos pertenecientes al subsector oficial del sistema de la salud".

No obstante lo anterior, y si en gracia de discusión se considerase, como sostiene el demandante, que el artículo 24 del Decreto acusado modificó la citada disposición legal, esta circunstancia no daría lugar a la declaratoria de nulidad solicitada, puesto que ambos estatutos tienen fuerza de Ley, como lo ha considerado el Consejo de Estado en procesos similares al *sub-júdice.*

En relación con el cuarto cargo.– El artículo 25 numeral 4 del Decreto acusado en ningún momento viola el artículo 4o. numeral 8 de la Ley 27 de 1992, pues ambos coinciden en prever que los servidores de tiempo parcial no son de carrera administrativa. Además, se reiteran los argumentos expresados en el último párrafo del acápite precedente.

En relación con el quinto cargo.– A pesar de que en sentencia de 9 de noviembre de 1993, proferida por la misma Sección que conoce de este proceso, el Consejo de Estado se pronunció sobre un cargo similar, se recalca que en el caso de las entidades descentralizadas, el plazo que fija el Gobierno en el Decreto acusado no lo es para extender las facultades otorgadas por el Constituyente con el fin de reformarlas, sino que es una orden de carácter metodológico para las juntas o consejos directivos de las mismas, por él presididas, con el fin de que expidan sus estatutos y plantas de personal dentro de un término, con base en las facultades que le confieren los Decretos 1050 y 3130 de 1968.

En consecuencia, el artículo 43 del acto acusado no amplía el término para efectuar la reestructuración de la entidad, sino, simplemente, alude a la facultad ordinaria de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Salud para realizar los cambios internos necesarios en virtud de la reforma, que la tiene por expresa disposición de los artículos 24 y 40 del Decreto 3130 de 1968.

En relación con el sexto cargo.– Las reformas realizadas por los artículos 24 a 41 y 43 a 45 del Decreto acusado en materia laboral no se dirige a la modificación de las normas que regulan el régimen laboral administrativo de los empleados públicos, sino que ellos son lógica consecuencia de la reestructuración de la entidad y de las necesarias modificaciones de la planta de personal. Dentro de un análisis lógico de la situación, no sería posible que si se suprime una entidad se deje vigente su planta de cargos, o que si se fusiona o reestructura la misma, no se afecte con ello, de alguna manera, la composición del personal que la conforma.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que las normas del Decreto acusado tienen fuerza de Ley y podían modificar las disposiciones laborales existentes, por ser de su mismo rango y categoría.

En suma, en el presente caso, el Gobierno no sólo contaba "... con la autorización implícita de la propia Carta Política para suprimir empleos, sino que se encontraba también en el deber de hacerlo, so pena, en caso de incumplimiento de dicho deber, de incurrir en flagrante violación de un mandato de orden constitucional".

En relación con el séptimo cargo.– Los artículos 34 a 41 del Decreto 2166 de 1992 no se dirigen a modificar las normas laborales, como tales, dada su amplitud, sino que establecen disposiciones especiales para aminorar el impacto social de las consecuencias del mandato conferido al Gobierno por el artículo transitorio 20 de la Carta. Es por ello, que el Decreto acusado crea y reglamenta el pago de indemnizaciones y bonificaciones con base en una facultad implícita otorgada por dicha norma constitucional, ya que estas atribuciones no podrían ejercerse sin tener en cuenta otros mandatos de la Carta, tales como los contenidos en los artículos 25, 48 y 53. Es decir, si el Gobierno no compensara a los funcionarios que han venido prestando su servicios a la Nación, y que por motivos de la reestrucuración quedasen cesantes, infringiría las normas anteriormente mencionadas.

c.– La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 10 de junio de 1993 se dispuso la admisión de la demanda y se decretó la suspensión provisional de los efectos del artículo 43 del Decreto 2166 de 1992, en la

expresión: "... dentro del año siguiente a la vigencia del mismo", contenida en su inciso primero, decisión esta última que, recurrida como fue, se confirmó mediante providencia de 3 de septiembre de 1993 (fls. 79 a 86 y 126 a 132), con salvamento de voto del Consejero Ponente (fls. 134 a 136).

Mediante providencia de 8 de octubre de 1993 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las solicitadas por la parte actora (fls. 142 a 143).

Por auto de 18 de febrero de 1994 se dispuso correr traslado a las partes y a la señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación para que formulasen sus alegatos de conclusión (fl. 150). De este derecho sólo hizo uso la parte demandada.

II-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con el primer cargo.– Luego del examen de los antecedentes administrativos del Decreto acusado, la Sala constata que de acuerdo con las "constancias para el Acta No. 12 de las reuniones de la Comisión Asesora", que obra a folios 223 y 224 del anexo No. 2, en la reunión del 21 de diciembre de 1992 el Gobierno entregó propuestas relativas a varias entidades, entre ellas, al Instituto Nacional de Salud. A su vez, en el Acta No. 12 que obra a folios 207 à 222, consta que los doctores Jaime Castro, Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, Armando Montenegro, Director del Departamento Nacional de Planeación, Jorge García, Consejero para la Modernización del Estado, y Héctor Cadena, Viceministro de Hacienda y Crédito Público, todos ellos miembros de la Comisión Asesora, dejaron constancia expresa de su concepto favorable en relación con todas las propuestas presentadas. Por su parte, los tres Consejeros de Estado miembros de la Comisión anunciaron que tratarían de presentar memorandos escritos sobre las propuestas presentadas, lo cual hicieron en relación con el proyecto de reforma del Instituto Nacional de Salud, que es el origen del Decreto demandado en este proceso, mediante el memorando de fecha 26 de diciembre de 1992, que aparece a folios 106 a 109 del Anexo 2. Por lo tanto, teniendo en cuenta que el citado memorando es anterior a la fecha de expedición del Decreto demandado, la Sala concluye que todos los miembros de la Comisión expresaron su concepto en relación con el proyecto que dio lugar al Decreto demandado, por lo cual no se violó el artículo 20 transitorio por este aspecto.

En relación con el segundo cargo.– La Sala considera que las acusaciones en él formuladas carecen de vocación de prosperidad, por cuanto, además de basarse en simples afirmaciones del actor, sin referencia concreta alguna a las diversas formas que integran el Decreto acusado y de las cuales pudiese evidenciarse tales asertos, esta Corporación, en reiteradas oportunidades ha manifestado que la consonancia que predica el artículo transitorio 20 de la Carta Política, no se circunscribe de manera exclusiva a la redistribución de competencias y recursos que establece la Constitución, pues aún cuando el Constituyente sí hizo énfasis en ello cuando empleó la expresión "y

en especial", esto no significa que la reestructuración, fusión o supresión de las entidades en él mencionadas deba girar únicamente en torno de dicho aspecto, entre otras, por cuanto la reforma constitucional abordó otras materias de vital importancia para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

De otra parte, como lo observa la parte demandada en sus alegaciones, del texto de los artículos 3o. a 10o., entre otros, del Decreto enjuiciado, que señalan los objetivos y funciones del Instituto Nacional de Salud, se infiere que la reestructuración de la entidad tiende a adecuarla a los mandatos constitucionales relacionados con la tarea del Estado en materia de salud y le atribuye la calidad de autoridad técnica en cuanto a la ejecución, promoción, orientación y coordinación de la investigación científica en dicho campo.

En relación con el tercer cargo, en el cual se plantea la violación del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 por parte del Decreto acusado, la Sala reitera, como fundamento para denegar su prosperidad, lo expresado por ella en el auto admisorio de la demanda al decidir sobre la solicitud de suspensión provisional de dicha norma, en el sentido que los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo transitorio 20, tienen la misma fuerza o entidad normativa que la Ley y, en tal virtud, sólo son susceptibles de contrariar disposiciones de orden constitucional.

En relación con el cuarto cargo, en el cual se alega la violación del artículo 4o. numeral 8 de la Ley 27 de 1992 por parte del artículo 25 del Decreto demandado, la Sala considera que por las mismas razones expuestas en el análisis del tercer cargo, éste no prospera.

En relación con el quinto cargo, en el cual se discute la violación del artículo 20 transitorio por parte de los artículos 26 a 41 y 43 a 45 del Decreto enjuiciado, debido a que el Gobierno Nacional amplió hasta el 31 de diciembre de 1993 el término de 18 meses en él fijado para ejercer las atribuciones conferidas y delegó en la Junta Directiva del Instituto Nacional de Salud la facultad de reestructurar la planta de personal del organismo, la Sala considera que tampoco está llamado a prosperar, pues en reiterados pronunciamientos esta Corporación ha precisado que el señalamiento del plazo para que las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado adecuen la estructura interna y la planta de personal a las decisiones adoptadas en virtud de la reestructuración, fusión o supresión de las mismas, no puede considerarse como una prórroga o ampliación de la facultad legislativa excepcional transitoria de la que la Carta Política revistió al Gobierno Nacional en su artículo transitorio 20, pues la tarea de adecuar tal estructura, y planta de personal, es de carácter administrativo que tales entes tienen en forma permanente (artículo 26 literal b) del Decreto 1050 de 1968 y 74 del Decreto 1042 de 1978), para lo cual no requieren de autorización expresa ni de la indicación de término alguno para

su ejercicio, sino que ha de entenderse como que se trata de un término que cumple un fin específico, circunscrito a los efectos de la decisión adoptada de reestructurar, fusionar o suprimir la entidad.

Las precedentes consideraciones conducen a la Sala a que, en la parte resolutiva de esta providencia, se levante la medida de suspensión provisional de los efectos del artículo 43 del Decreto 2166 de 1992, en la expresión: "... dentro del año siguiente a la vigencia del mismo", contenida en su inciso primero, la cual se decretó en el auto admisorio de la demanda (fls. 79 a 86).

En relación con el sexto cargo, en el cual se alega que los artículos 24 a 41 y 43 a 45 del Decreto enjuiciado están viciados de inconstitucionalidad, ilegalidad y extralimitación de funciones, pues ni el artículo transitorio 20 ni las normas constitucionales que asignan competencias ordinarias al Presidente de la República, Gobierno Nacional y Congreso de la República, atribuyen al gobierno la facultad de reglamentar el régimen laboral administrativo de los empleados públicos en cuanto a retiro, indemnizaciones, bonificaciones, etc., la Sala en forma reiterada ha expresado que cuando el Constituyente facultó al Gobierno Nacional para reestructurar, fusionar o suprimir las entidades de la Rama Ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta del orden nacional, de antemano lo estaba autorizando para suprimir los cargos o empleos que no se requirieran para las necesidades del servicio, ello en virtud de la aplicación del principio de la prevalencia del interés general sobre el particular, el cual impide hablar de derechos adquiridos a permanecer en un cargo o empleo o a no ser desvinculado del mismo en razón de la inscripción en el escalafón de la carrera administrativa, y sin perjuicio, obviamente, de indemnizar el daño que se le puede irrogar al titular de dicho cargo o empleo que, como consecuencia de la decisión adoptada, hubiera sido privado del mismo.

De otra parte, al ser las facultades otorgadas al Gobierno Nacional por el artículo transitorio 20 de carácter legislativo, por las materias que regulan, que son las mismas que el artículo 150-7 de la Carta atribuyó al Congreso de la República, los Decretos expedidos por aquél, en uso de tales facultades, tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley, por lo cual bien podía el Gobierno, en armonía con lo preceptuado en el artículo 125 *ibídem,* consagrar como causal de retiro la supresión del cargo o empleo, resultante de las decisiones de reestructurar, fusionar o suprimir las ya mencionadas entidades u organismos.

E*n relación con el séptimo cargo.*– Por las mismas razones expresadas en el análisis de los cargos tercero y sexto, éste no prospera.

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.– DENIEGANSE las súplicas de la demanda promovida por el ciudadano José Antonio Galán Gómez.

Segundo.– LEVANTASE la suspensión provisional de los efectos del artículo 43 del Decreto 2166 de 1992, en la expresión "... dentro del año siguiente a la vigencia del mismo", decretada en el auto admisorio de la demanda, de fecha 10 de junio de 1993.

Tercero.– Devuélvase la suma depositada para gastos del proceso o su remanente.

Cuarto.– En firme esta sentencia, comuníquese a los señores Ministros y Director del Departamento Administrativo que, junto con el señor Presidente de la República, firmaron el Decreto acusado, y archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

VEEDOR DEL TESORO–Funciones/**PODER DISCRECIONAL**–Límites/ **FALSA MOTIVACION/RESOLUCION MOTIVADA/ACTO ADMINISTRATIVO/CONTROL JURISDICCIONAL**

La competencia y función del Veedor, si bien se remiten en cierta forma a su juicio y discrecionalidad, no pueden ser campo ilímite, o rueda suelta en el que las interpretaciones queden *in pectore* del funcionario constituyendo un arcano cuyas decisiones sean inasibles para los ciudadanos y ajenas a los medios de control. "Porque, en principio, ningún acto de la administración queda libre, entre nosotros, de tal control; a diferencia, de lo que sucede en otros países. Se debe esto al hecho de que en Colombia 'discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad', y ésta reinaría allí donde existan autoridades cuyos actos carezcan por entero de control por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2763 - Autoridades Nacionales. Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte.

Le corresponde a la Sala decidir el recurso de reposición interpuesto por el señor Veedor del Tesoro contra auto de 31 de enero de 1994; en cuanto en su numeral segundo de la parte resolutiva decretó la suspensión provisional de la Resolución 000230 del 13 de septiembre de 1993, expedida por la Veeduría del Tesoro, "Por la cual

se garantiza el manejo transparente de los recursos provenientes del gobierno del Japón con destino a los damnificados por el invierno en el departamento del Amazonas, impidiendo provisionalmente su uso".

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Como ya se expresó, mediante ella, entre otras medidas se toma la de suspender los efectos del acto acusado por hallarlo en abierta contradicción con lo dispuesto en el artículo 83 de la Constitución Nacional, en razón a "que en el artículo 1o. de la Resolución demandada, el Veedor del Tesoro ordena al representante legal del Fondo Nacional de Calamidades abstenerse provisionalmente de usar los recursos provenientes del Gobierno del Japón con destino a los damnificados por el invierno en el departamento del Amazonas", por considerarlos orientados a las campañas electorales, sin que aparezcan en la motivación del acto elementos de juicio o indicios que justifiquen o hagan viable tal presunción.

EL RECURSO INTERPUESTO

Lo fundamenta el recurrente en los argumentos que a continuación se sintetizan:

El Veedor, en ejercicio de las funciones que regula el Decreto 2093 de 1991 en su artículo 10, sí puede obrar discrecionalmente en aquellos casos en que a su juicio existan partidas que puedan ser utilizadas o desviadas hacia campañas electorales.

Solamente en la sentencia y después de una estricta evaluación de los hechos y de las pruebas aducidas en el proceso, así como de un análisis juicioso y concienzudo, puede hacerse un escrutinio de las funciones del Veedor, para concluir si al expedirse la Resolución cuestionada se ajustó o no a la Constitución y a la Ley.

En el diccionario de la lengua española, segunda acepción, buena fe es la convicción en que se halla una persona de que hace o posee alguna cosa con derecho legítimo", y en el ámbito jurídico "es la conciencia de que se está obrando en cumplimiento y ejecución de la Constitución y la Ley".

La Resolución acusada no se examina en su conjunto para descubrir los motivos que llevaron al Veedor a tomar las medidas allí contempladas. En el literal b), por ejemplo, se expresa que los recursos provenientes de la donación no se han incorporado al Presupuesto General de la Nación, como lo ordena el artículo 345 de la Carta Política.

Se violaron los artículos 345 de la Carta Política que prohíbe hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halla incluida en el presupuesto de gastos; los artículos 1o., inciso 3; y 44 del Decreto 3077 de 1989, reglamentado de la Ley 38 de 1989, en cuanto a la sujeción de los fondos sin personería jurídica y respecto de la incorporación de recursos adicionales en el Presupuesto General de la Nación, detallando las fuentes de

financiamiento; y además, se infringió el artículo 79 de la Ley 38 de 1989 en lo referente a la responsabilidad fiscal de los ordenadores de gasto y los funcionarios de entidades y organismos que contabilicen obligaciones contrarias (sic) contra expresa prohibición o emitan giros para el pago de las mismas, cuando con ello se violan los preceptos consagrados en el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación y en las demás normas que regulan la materia.

Si los recursos suministrados por el Japón deben ingresar al patrimonio público, únicamente puede ser a través de su incorporación en el Presupuesto General de la Nación y su ingreso real a las arcas del Tesoro Público para destinarlos conforme a la voluntad del donante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Uno de los requisitos para la procedencia de la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, según lo expresa el numeral 2 del artículo 152 del C.C.A. es "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".

Como bien lo expresa la norma pretranscrita para la viabilidad de la medida cautelar, basta que haya violación de una sola de las normas citadas como violadas en la demanda con tal que ella sea manifiesta.

En el caso de autos, el Decreto de suspensión se fundamenta únicamente en la violación del principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Nacional, básicamente porque mediante la resolución acusada el señor Veedor congela los recursos donados por el Gobierno del Japón en beneficio de los damnificados por el invierno en el Departamento del Amazonas, después de presumir, sin motivo, ni prueba, ni elemento de juicio alguno que dichos dineros están orientados hacia fines electorales.

La Sala decretó la suspensión provisional porque consideró en aquella oportunidad, y sigue considerando ahora, que se da la violación manifiesta del artículo 83 por las siguientes razones, que ahora explica y amplía a instancias del recurso propuesto.

Si se leen los considerandos de la Resolución impugnada, no se observa en ellos ningún motivo o elemento de juicio en los que se pudiera fundamentar en alguna forma la presunción de la Veeduría. No los hay, ni podría haberlos, pues tal como aparece en el acta de visita que se practicó en las dependencias de la entidad con el objeto de esclarecerlos fundamentos jurídicos que tuvo el Veedor para congelar los recursos, "En la Veeduría del Tesoro no se encontró documento alguno que indique o haya dado indicio de que los dineros estuvieran destinados a campañas electorales" (folio 18).

En el escrito del recurso cita la Veeduría como motivo de la medida adoptada el hecho de que los dineros provenientes de la donación no se han incorporado al presupuesto general de la Nación como lo ordena el artículo 345 de la Carta Política. Considera violada esta norma y las contenidas en los artículos 1o., inciso 2 y 44 del Decreto 3077 de 1989 y 89 de la Ley 38 de 1989, basado en un pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, según el cual, y de acuerdo con cita equivocada que trae el recurrente, las donaciones en dinero entran al patrimonio del Estado y, por tanto, se consideran ingresos ocasionales que deben formar parte del patrimonio público e ingresar a él únicamente a través de su incorporación al Presupuesto General de la Nación.

Sin embargo, aparte de que el motivo aducido, de considerarse válido, no conduce a presumir el desvío de los dineros hacia fines electorales, tampoco puede servir de fundamento a la medida adoptada porque lo que dice la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en un aparte del fallo citado por el recurrente, es que "Cuando las ayudas en dinero o en especie se efectúan para el beneficio directo de la comunidad, determinándose claramente a qué grupos de personas deben entregarse, pues por razones de seguridad o por voluntad del donante se llevan a cabo a través del Estado, la actuación de la entidad pública es meramente la de intermediario. Entonces lo que se pretende es organizar la distribución por un conducto oficial y conforme a la voluntad de la persona natural o jurídica que hace la contribución. En este evento, se reitera que la Nación no podía incluir esos bienes en su presupuesto porque no constituyen ingresos ocasionales suyos; simplemente, deberán ser distribuidos entre las personas que haya determinado el donante" (folio 14).

Finalmente, considera pertinente la Sala hacer referencia a lo manifestado por el recurrente al citar el artículo 10 del Decreto 2093 de 1991. Este artículo dice: "La inspección y vigilancia de los distintos presupuestos y las medidas que en torno a ellos se tomen, se refieren a las partidas que a juicio del Veedor sean contrarias a lo preceptuado en este Decreto".

Sostiene el recurrente que al tenor de ese texto la competencia y función del Veedor no son tan limitadas y que sí puede obrar discrecionalmente en aquellos casos en que a su juicio existan partidas que puedan ser utilizadas o desviadas hacia campañas electorales.

Cuando la norma dice referirse a "las partidas que a juicio del Veedor sean contrarias a lo preceptuado en este Decreto", está ya colocando un límite jurídico a ese "juicio" y exigiendo que la decisión sea motivada. Ahora, según clara jurisprudencia de esta Corporación, "los motivos que se expresen en un acto administrativo, sea éste reglado o discrecional, han de ser verdaderos; de lo contrario, se daría el caso de falsa motivación, que es una de las causales de anulación del acto"

(Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 3 de diciembre de 1975).

Así, pues, la competencia y función del Veedor, si bien se remiten en cierta forma a su juicio y discrecionalidad, no pueden ser campo ilímite, o rueda suelta en el que las interpretaciones queden *in pectore* del funcionario constituyendo un arcano cuyas decisiones sean inasibles para los ciudadanos y ajenas a los medios de control. "Porque, en principio, ningún acto de la administración queda libre, entre nosotros, de tal control, a diferencia de lo que sucede en otros países. Se debe esto al hecho de que en Colombia 'discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad', y ésta reinaría allí donde existan autoridades cuyos actos carezcan por entero de control por la jurisdicción contencioso-administrativa. En cuanto a los motivos de orden jurídico, por definición pueden ser materia de impugnación en ejercicio de los recursos que concede la Ley" (Sentencia precitada).

Los anteriores planteamientos llevan a esta Sala a mantener la decisión tomada en el auto recurrido.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

NO ACCEDER a la reposición del auto de 31 de enero de 1994, en cuanto decretó la suspensión provisional del acto demandado.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala, en reunión celebrada el día cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

LEY MARCO–Requisitos Generales/EXPORTACION–Cigarrillos

El establecimiento de requisitos generales no sólo debe mirarse frente a la Ley sino a los Decretos reglamentarios de la misma, y más aún los de las Leyes Marco que tienen como característica esencial desarrollar las normas generales para hacer explícitos y específicos los objetivos y criterios determinados en ellas. Por esta razón, bien podía el Decreto acusado, reglamentario de las Leyes Marco 7a. de 1971 y 7a. de 1991, establecer requisitos para la actividad exportadora de cigarrillos de producción nacional en aras de otorgar una protección adecuada a dicha actividad contra las prácticas desleales del comercio internacional y teniendo en cuenta las condiciones de la economía. DECLARA LA NULIDAD de los artículos 3o. y 4o. del Decreto reglamentario 1572 de 12 de agosto de 1993, expedido por el Gobierno Nacional.

EXPORTACION/COMERCIO INTERNACIONAL–Prácticas Desleales

Del artículo 2o. numeral 5o. de la Ley 7a. de 1991 no se infiere que ella tenga por postulado únicamente proteger la importación, ya que el "comercio internacional", que es lo que pretende amparar la disposición en estudio de las prácticas desleales, no excluye, como es obvio, las exportaciones que son parte de la actividad de él.

EXPORTACION–Cigarrillos/LIBERTAD DE EMPRESA

La Leyenda "prohibida su distribución y venta en Colombia", que según el mencionado artículo 1o. deben contener las cajetillas de cigarrillos de producción nacional destinados a ser exportados, no conduce a afirmar que los colombianos no pueden adquirir en el mercado libre del país

cigarrillos para exportar, pues la exportación de éstos no está siendo prohibida por la norma en cuestión. Tampoco de ella se puede inferir que los cigarrillos de producción nacional que no tengan por destino la exportación, no pueden ser adquiridos por cualquier persona. Estos razonamientos descartan la imputación que se hace de desconocer la iniciativa privada y la libertad de empresa.

DIRECTOR DE IMPUESTOS Y ADUANAS–Funciones/DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Por expreso mandato del artículo 13 literal b) del Decreto 2117 de 29 de diciembre de 1992 "Por el cual se fusionan la Dirección de Impuestos Nacionales y la Dirección de Aduanas Nacionales en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se dictan disposiciones complementarias", expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad excepcional que le confirió el artículo transitorio 20 de la Carta Política, el director de Impuestos y Aduanas Nacionales tiene la función de "Participar en la definición de políticas en materia de tributos y *comercio exterior* y en la preparación de los proyectos gubernamentales que tengan relación con tributos y aspectos aduaneros" (se resalta fuera de texto). Estando esta entidad adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual, conforme lo dispone el artículo 1o. del Decreto 2112 de 1992, tiene como objetivo formular y desarrollar a nombre del Gobierno Nacional las políticas del Estado en materias como la aduanera y en armonía con él, de acuerdo con el artículo 4o. literal m) *ibídem,* orientar el desarrollo de la política gubernamental en esa misma materia, fijando pautas para el cumplimiento de las normas pertinentes, forzoso es concluir que no se está en presencia de una delegación de funciones sino de una clara asignación de las mismas, por lo cual se descarta la transgresión del artículo 211 de la Constitución Política. DECLARA LA NULIDAD del Decreto reglamentario 1572 de agosto de 1993, expedido por el Gobierno Nacional.

DIRECCION IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES/MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR–Facultades/CONSEJO SUPERIOR DE COMERCIO EXTERIOR

El artículo 14 numeral 12 de la Ley 7a. de 1991, la cual, entre otras regulaciones, dispuso la creación del Ministerio de Comercio Exterior, es diáfano en señalar que corresponde al Consejo Superior de Comercio Exterior la facultad de "Expedir las normas relativas a la organización y manejo de los registros que sean necesarios establecer en materia de

comercio exterior, con inclusión de los requisitos que deben cumplir, el valor de los derechos que haya lugar y las sanciones que sean imponibles por la violación de tales normas". La regulación a la que se contrae el artículo 7o. acusado, no corresponde a la competencia del Consejo Superior de Comercio Exterior, pues el Decreto Ley 1750 de 1991, que describió las conductas contravencionales administrativas aduaneras merecedoras de sanción, que son las mismas que contempla el referido artículo 7o., se la asignó a la Dirección General de Aduanas, entidad esta que por mandato del Decreto 2117 de 1992 se fusionó con la Dirección de Impuestos Nacionales y está adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2646. Acción: Nulidad. Actora: María Esperanza Cabrera Calixto.

La ciudadana y abogada MARIA ESPERANZA CABRERA CALIXTO, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha presentado demanda ante esta Corporación tendiente a que se declare la nulidad del Decreto No. 1572 de 12 de agosto de 1993 "por el cual se establecen restricciones aplicables a las exportaciones de cigarrillos", expedido por el Gobierno Nacional.

I–. *CAUSA PETENDI*

Invoca la actora en apoyo de su pretensión la violación de los artículos 13, 50, 60, 84, 85, 150 numerales 19 literales b) y c), y 25, 211 y 333 de la Constitución Política; 46, 49 y 50 del Decreto Ley 444 de 1967; 3o. de la Ley 6a. de 1971; 2o. numeral 5o., 14 numerales 7o., 12 y 15, 17 y 30 de la Ley 7a. de 1991.

Plantea, principalmente, los siguientes cargos de violación:

PRIMER CARGO: VIOLACION DEL REGIMEN CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD DE EXPORTACIONES.

El artículo 84 de la Constitución de 1991 fue terminante en la protección de aquellos derechos que permitidos de una manera general fueran restringidos por actos o

determinaciones de autoridad que los desconocieran y de esa manera resultara ilusoria la determinación legal de la libertad de su ejercicio.

En materia de comercio exterior la Constitución emplea el criterio de la Ley Cuadro con la expedición de reglamentos que articulan las políticas y criterios que en reglas generales quedan en aquella Ley dispuestas (artículo 150 numeral 19 literal b).

La Ley Cuadro del comercio exterior está constituida por varios estatutos legales. En primer lugar aparece la Ley 7a. de 1991 que reconoce el carácter de Ley Cuadro al Decreto Ley 444 de 1967, en sus artículos 4o., numeral 15, y 3o., con excepción de los artículos de este Decreto derogados expresamente, a saber: 71, 73, 80, 169 y 205 a 211.

La norma básica que regula el régimen de las exportaciones es el artículo 46 del Decreto Ley 444 de 1967.

La libertad de exportaciones es un principio esencial del régimen que reguló el Decreto Ley 444 de 1967 y las normas que lo deasrrollaron. Las limitaciones a esta libertad son ajenas a los propósitos del Decreto demandado.

La libertad de exportaciones es un principio general de la Ley Cuadro que se impone sobre toda limitación o restricción, y, de acuerdo con el artículo 84 de la Constitución, no podrá ser condicionada por permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.

El Decreto acusado anuncia su oposición con la Ley Cuadro cuando en su título dice: "Por el cual se establecen restricciones aplicables a las exportaciones de cigarrillos".

Las exportaciones de cigarrillos de producción nacional son libres y no tienen limitaciones legales ni provenientes de tratados públicos, tal como lo indica el artículo 46.

Todo el Decreto 444 de 1967 establece estímulos a la exportación, eliminando todo impuesto sobre las mercancías que tengan ese destino, creando beneficios tributarios, fiscales y económicos para quienes exporten y facilitando con el registro de productores especiales protecciones para la actividad que han de reportar las divisas y los beneficios propios del crecimiento del comercio exterior. Por eso, el artículo 50 de dicho Decreto crea un registro de estímulo a la exportación sin perjuicio de la libertad.

El Decreto demandado, ni es Ley, ni es un convenio internacional vigente, ni se refiere a exportación de café. Es una limitación o restricción a una actividad en la cual participan miles de familias cultivadoras de tabaco, de carácter agrícola o de transformación, que llena un amplio espacio de la economía nacional.

SEGUNDO CARGO: VIOLACION DE LOS OBJETIVOS Y CRITERIOS DE LAS LEYES MARCO.

El Decreto acusado invoca las reglas generales de la Ley 6a. de 1971 en su artículo 3o. y de la Ley 7a. de 1991 en su artículo 2o. numeral 5o.

Al leer el artículo 3o. de la Ley 6a. de 1971 se cae en cuenta que él solo trata de la modificación del régimen de aduanas en cuanto a los aspectos arancelarios. Es decir, de la definición de las posiciones, de su nomenclatura y organización general del arancel que debe responder a la metodología de Bruselas. Nada allí se refiere a las restricciones a las exportaciones de productos nacionales, porque ningún convenio internacional o tratado interviene en los asuntos internos de los países en cuanto limiten o no la libertad de exportaciones. Tan sólo en el caso de las importaciones buscan la apertura de los mercados y no las restricciones.

La Ley 6a. de 1971 prescribe una regulación muy diferente y opuesta al Decreto demandado, al permitir libremente las exportaciones. Por ello resultan transgredidos el artículo 150 numeral 19 literal c de la Carta y la Ley 6a. de 1971, que no tiene ese criterio restrictivo de las exportaciones ni sus orientaciones se refieren a la materia arancelaria aduanera de que ella se ocupa.

El fin del Decreto (restringir y limitar la producción nacional de cigarrillos y reducir las posibilidades de exportación), no es el desarrollo preciso del artículo 3o. numeral 5o. de la Ley 7a. de 1991. Es más bien una medida que la coloca en situación de desigualdad frente a las prácticas desleales del comercio internacional que no tiene limitación alguna para traer al país cigarrillos de producción extranjera.

El acto acusado y no la Ley es el que limita las actividades libres antes de protegerlas. Priva a los colombianos de participar en un comercio donde la producción extranjera es libre de ingresar en el país y vender sin límites.

La protección dispuesta por la Ley Cuadro es desconocida con el acto acusado porque es evidente que con esas restricciones un colombiano no podrá adquirir en el mercado libre del país cigarrillos de producción nacional para exportarlos porque sería una mercancía que no tendría los registros ni las Leyendas ni condiciones, por lo cual esa actividad queda clausurada gracias a la prohibición contenida en un simple acto administrativo, lo que implica desconocer la libre empresa, la iniciativa privada y la propiedad privada, violándose así los artículos 58, 60 y 333 de la Constitución Política.

Las normas acusadas no se dirigen a establecer restricciones a las importaciones de cigarrillos, como es el postulado de la Ley Cuadro en su artículo 2o. numeral 5o. Por ello se quebranta esta disposición.

TERCER CARGO: VIOLACION DEL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD.

Se han quebrantado los artículos 13 y 85 de la Constitución Política porque la producción del cigarrillo está discriminada frente a otras actividades industriales o agrícolas que tienen el elemental derecho de exportar sus excedentes o aquella parte de los bienes que producen, que pueden ser vendidos en el exterior, sin que a ellos se les exija marcarlos con las Leyendas de que habla el Decreto acusado, ni se ordena exportarlos por determinados puertos o aeropuertos, ni cumplir los registros y demás restricciones.

CUARTO CARGO: VIOLACION DEL DERECHO A LA PROPIEDAD, INICIATIVA PRIVADA Y LIBERTAD DE EMPRESA.

El Decreto acusado viola estos derechos porque obliga al productor de cigarrillo nacional y a cualquier persona que emprenda la actividad de comprar esa producción para exportar, si a bien tiene, a producir o adquirir para exportar exclusivamente, prohibiéndole vender en el mercado colombiano sus mercancías. Si se han de marcar esos cigarrillos y sus empaques, tales bienes que son colombianos quedan retirados del mercado nacional.

En Colombia no existe la prohibición de producir y vender cigarrillos. Son actividades libres.

El desconocimiento de esos derechos y libertades hace también que se lesione el régimen de intervención del Estado puesto que el objeto de los artículos 333 y 334 es racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades, los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. El Decreto acusado no se acomoda a estos propósitos.

QUINTO CARGO: VIOLACION DE LOS ARTICULOS 211 DE LA CONSTITUCION POLITICA, 46, 49 Y 50 DEL DECRETO LEY 444 DE 1967; 14 NUMERALES 7o., 12 y 17 y 18 DE LA LEY 7a. DE 1991.

a): El Decreto acusado viola las normas invocadas no sólo porque el Ministerio de Hacienda usurpó la competencia legalmente determinada sino porque su contenido y disposiciones las contrarían abiertamente.

Del contenido de las disposiciones de los numerales 7o., 12 y 15 del artículo 14 de la Ley 7a. de 1991 se puede concluir que la Ley Marco de comercio exterior de manera clara e inequívoca atribuye la competencia para regular lo concerniente al comercio exterior al Consejo Superior de Comercio Exterior y no al Ministerio de Hacienda.

La normatividad superior vigente consagra que la actividad exportadora es libre y que las limitaciones o prohibiciones a la misma sólo podrán ser establecidas por Leyes o convenios internacionales. Se dejó sí por el legislador la expresa facultad para la Junta de Comercio Exterior (hoy Consejo Superior de Comercio Exterior) de imponer a las exportaciones colombianas limitaciones o restricciones de orden eminentemente transitorio en los casos taxativos que señala el artículo 46 del Decreto Ley 444 de 1967.

b): El artículo 2o. del Decreto acusado viola el artículo 211 de la Constitución Política por cuanto el director de Impuestos y Aduanas Nacionales no se encuentra dentro de los funcionarios que pueden recibir delegaciones, como lo hace la norma en mención.

c): El artículo 3o. ibídem vulnera el artículo 46 del Decreto Ley 444 de 1967 porque en Colombia, en principio, de acuerdo con la Ley, todas las personas son libres de exportar cualquier clase o tipo de producto.

También esta norma vulnera el artículo 50 del referido Decreto Ley por cuanto mientras éste habla de que el registro se podrá establecer "sin perjuicio de la libertad de exportación", la reglamentaria pretende crear un registro de exportadores que habilita para exportar sólo a quienes se registren y por ende impide, a quienes no lo hagan, ejercer el derecho a exportar; mientras la norma reglamentaria establece el registro de importadores para imponer restricciones a las exportaciones de cigarrillos, la Ley lo permite con miras a estimular y facilitar la actividad exportadora de carácter permanente; para la Ley el registro se hará ante la Superintendencia de Comercio Exterior, mientras que la norma acusada dispone que se debe realizar ante la Subdirección Operativa de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

d): El artículo 4o. del Decreto acusado además de violar las normas constitucionales y legales antes citadas, vulnera el artículo 49 del Decreto Ley 444 de 1967 porque este dispone como mecanismo potestativo el registro de los contratos de exportación, que debe hacerse ante el INCOMEX y no como lo ordena la norma acusada ante la Subdirección Operativa de la DIAN.

e): Los artículos 3o. y 4o. quebrantan lo dispuesto por el artículo 14 numeral 12 de la Ley 7a. de 1991, porque pretenden regular aspectos relacionados con el comercio exterior y esta es una situación que la Ley Marco asignó privativamente al Consejo Superior de Comercio Exterior.

f): El artículo 7o. acusado viola la Ley 7a. de 1991 en su artículo 14 numeral 12 por cuanto pretende regular lo atinente a sanciones por el no cumplimiento de los registros y condiciones que en él se ordenan y esa determinación compete al Consejo Superior de Comercio Exterior.

II–. 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.

II.1–. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público–, a través de apoderado, contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones, adujo, esencialmente, lo siguiente:

1–. Del contenido de los artículos 95, 150 numeral 19 literal b, 189 numeral 25 y 333 de la Constitución Política se concluye:

a): La actividad de comercio exterior debe estar regulada por normas generales y objetivos previamente definidos debiendo el Gobierno desarrollar y reglamentar dichos principios por medio de Decretos especiales de naturaleza reglamentaria.

b): La exportación es una transacción que hace parte del régimen de comercio exterior que si bien es cierto goza de libertad, no lo es menos que debe estar sujeta a los límites del bien común.

c): Es obligación del Estado intervenir en todas las fases de la economía, incluida la exportación, para dirigirla y racionalizarla.

Es evidente entonces que el ejercicio de la libertad para exportar no es absoluto sino que la actividad debe sujetarse a diferentes obligaciones, regulaciones y limitaciones y de acuerdo con claros principios constitucionales.

El Gobierno está expresamente facultado por la Ley Marco de comercio exterior para reglamentar de manera general las exportaciones e importaciones. El Decreto acusado reglamenta de manera general la actividad de exportación de cigarrillos, conforme a expresas disposiciones legales y por ende respeta el artículo 84 de la Constitución Política.

2–. El artículo 3o. de la Ley 6a. de 1971 se refiere a las modificaciones que se introduzcan al conjunto de normas que regulan las diferentes operaciones de importación, exportación, almacenamiento y tránsito de mercancías, conforme a la definición de régimen de aduanas que consigna el artículo 1o. del Decreto 2666 de 1984. No es cierto pues que la modificación del régimen de aduanas se refiera a aspectos arancelarios, pues éste es apenas una parte del régimen de aduanas. Por ello el Decreto acusado se ajusta al artículo 3o. de la Ley 6a. de 1971.

No es cierto que las restricciones impuestas prohiban a un colombiano adquirir en el país cigarrillos de producción nacional para exportarlos. Cualquier persona puede adquirir cigarrillos de producción nacional para tal fin. Cosa distinta es que dicho fin debe cumplir con un mínimo de requisitos que en nada se oponen a la libertad exportadora y que por el contrario la regulan para su mejor desarrollo.

Tampoco es cierto que el postulado de la Ley Marco se refiera a importaciones exclusivamente, pues el comercio internacional comprende tanto la actividad importadora como la exportadora.

El Decreto acusado ampara la producción nacional contra la competencia desleal, pues no habrá leal competencia si quienes sin tener derecho disfrutan de los beneficios creados para quienes en sus actividades de comercio exterior realicen efectivamente exportaciones.

3–. No se vulneró el artículo 13 de la Constitución Política pues este se refiere a las personas y no a las producciones. Además, este principio implica que quienes estén en las mismas circunstancias, en este caso, exportadores de cigarrillos, tengan el mismo tratamiento.

4–. No se puede confundir la reglamentación necesaria de un derecho o una libertad tendiente a su mejor ejercicio, con la vulneración que conlleva su desconocimiento. El correcto ejercicio de la facultad conferida en el artículo 189 numeral 25 no se puede atacar so pretexto de una estrecha concepción del ejercicio de otros derechos y libertades.

5–. La actividad reguladora ejercida por el Presidente de la República en la expedición del Decreto acusado tiene su soporte en el artículo 334 de la Constitución Política, pero más concretamente en el artículo 189 numerales 11 y 25.

La Ley 7a. de 1991, Ley Marco de comercio exterior, faculta expresamente al Gobierno para reglamentar las exportaciones e importaciones (artículo 2o. numeral 5o. y 10o.). El Decreto acusado hizo uso de las facultades del artículo 189 numerales 11 y 25 y se sujetó a las Leyes Marco de comercio exterior.

Conforme al artículo 1o. del Decreto 2112 de 1992, corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público formular y desarrollar a nombre del Gobierno las políticas del Estado en materia fiscal, tributaria, **aduanera,** entre otras. En su artículo 2o. definió las funciones del Ministerio. De ello se colige que no hay usurpación de competencias sino cumplida ejecución de la Constitución y la Ley.

El artículo 2o. del Decreto 2117 de 1992 dispone que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales está adscrita al Ministerio de Hacienda y en tal virtud

corresponde a esa cartera participar en la expedición de los Decretos que se relacionan con las funciones de la U.A.E.–DIAN.

En el artículo 12 *ibídem* se encuentran las funciones de la DIAN que guardan relación con la materia de que se ocupa el Decreto impugnado.

El artículo 2o. del Decreto acusado no emplea una delegación de funciones sino que por mandato del Decreto 2117 de 1992 la determinación de las rutas de exportación le corresponde a dicho funcionario. El artículo 3o. del referido Decreto 2117 expresa que a la mencionada Dirección le cómpete la dirección y administración de la gestión aduanera y todos los aspectos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones tributarias y aduaneras. El artículo 13 en sus literales b) y c) define en forma general las funciones que se ven reflejadas en el contenido del artículo 2o. del Decreto acusado.

6–. En cuanto al registro de exportadores de que trata el artículo 50 del Decreto Ley 444 de 1967, es distinto por su finalidad y naturaleza del registro de que trata el artículo 3o. acusado.

Similares planteamientos caben hacer frente al artículo 49 de dicho Decreto. De acuerdo con el artículo 48 del Decreto 2117 de 1992 literales a) y b), es función de la Subdirección Operativa de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales el manejo de este tipo de registros.

El artículo 7o. acusado guarda armonía con lo dispuesto en el numeral 2o. literal a) del artículo 1o. del Decreto 1750 de 1991 que le otorga a la Dirección General de Aduanas hoy U.A.E.–D.I.A.N. la competencia exclusiva en materia de infracciones aduaneras y en este sentido tanto el Decreto 1750 de 1991, como el acusado, guardan armonía con el artículo 10o. de la Ley Marco de comercio exterior.

II.2–. En la etapa de alegatos las partes hicieron uso de tal derecho reiterando los argumentos expuestos en la demanda y contestación de la misma.

La agente del Ministerio Público no hizo uso de dicho derecho.

III–. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los artículos que componen el Decreto acusado, para conseguir el propósito de establecer restricciones aplicables a las exportaciones de cigarrillos, obligan: a imprimir en los empaques de éstos una Leyenda que prohíbe su venta en Colombia (artículo 1o.); a exportarlos por unas determinadas vías, puertos y aeropuertos al arbitrio de un funcionario del Ministerio de Hacienda (artículo 2o.); al registro de quienes pretendan ser exportadores (artículo 3o.); al registro de los contratos con todos los detalles (artículo 4o.); a los fabricantes de cigarrillos cuyas especificaciones se ajusten al

artículo 1o. a que elaboren un informe mensual sobre los volúmenes de producción de tales cigarrillos y las existencias en bodegas o en tránsito (artículo 5o.); disponen condiciones especiales para beneficios tributarias y fiscales especiales (artículo 6o.); y señalan sanciones para quienes se aparten de dichas normas (artículo 7o.).

En el primer cargo de la demanda la actora parte del supuesto de que el Decreto Ley 444 de 1967 en su artículo 46 constituye la Ley Cuadro o Marco aplicable a la exportación de cigarrillos de producción nacional y que dicha norma no contiene restricción alguna para tal actividad por lo cual se vulnera el artículo 84 de la Constitución Política.

Sobre el particular, cabe advertir lo siguiente:

Si bien es cierto que la Ley 7a. de 1991 en su artículo 4o. reconoce vigencia a las normas establecidas en el capítulo X, sección segunda del Decreto Ley 444 de 1967 y en el artículo 14 numeral 15 expresa que el Consejo de Comercio Exterior tendrá las mismas funciones que le asignan a la junta de comercio exterior los Decretos 444 y 688 de 1967, ello de ninguna manera significa que, en materia de comercio exterior, y concretamente para la actividad exportadora de cigarrillos de producción nacional, solamente tengan aplicación las normas contenidas en dicho Decreto Ley, pues la misma Ley 7a. de 1991 constituye también una Ley Marco.

De otra parte, la libertad que, según la actora, predica el artículo 46 no es absoluta. En efecto, en el texto de dicha norma se lee:

> "... salvo las limitaciones o prohibiciones establecidas por las Leyes o convenios internacionales vigentes".

Así mismo el artículo 3o. de la Ley 7a. de 1991 que, como ya se dijo, constituye una Ley Marco, deja entrever que tal libertad no es absoluta cuando expresa:

> "Las importaciones y exportaciones de bienes, tecnología y servicios se realizarán dentro del principio de libertad del comercio internacional EN CUANTO LO PERMITAN LAS CONDICIONES COYUNTURALES DE LA ECONOMIA..." (se destaca fuera de texto)

La Sala reiteradamente ha precisado que el establecimiento de requisitos generales no sólo debe mirarse frente a la Ley sino a los Decretos reglamentarios de la misma, y más aún los de las Leyes Marco que tienen como característica esencial desarrollar las normas generales para hacer explícitos y específicos los objetivos y criterios determinados en ellas. Por esta razón, bien podía el Decreto acusado, reglamentario de las Leyes Marco 7a. de 1971 y 7a. de 1991, establecer requisitos para la actividad exportadora de cigarrillos de producción nacional en aras de otorgar una protección

adecuada a dicha actividad contra las prácticas desleales del comercio internacional y teniendo en cuenta las condiciones de la economía, conforme se deriva de los principios y objetivos consagrados en los artículos 1o., 3o. y particularmente el 2o. numeral 5o. de la Ley 7a. de 1991 que sirvió de fundamento para su expedición.

En cuanto al segundo cargo, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

Las Leyes Marco que invoca como fundamento para su expedición el Decreto acusado, prescriben en su parte pertinente:

Artículo 3o. de la Ley 6a. de 1971:

"Las modificaciones que se introduzcan al régimen de aduanas deberán consultar las recomendaciones del Consejo de Cooperación de Bruselas, el esquema del Código Aduanero uniforme acordado para la ALALC, los estudios existentes sobre legislación comparada y los progresos técnicos alcanzados en materia de administración aduanera, con el fin de revisar la legislación vigente, y en especial la Ley 79 de 1931".

Artículo 2o. numeral 5o. de la Ley 7a. de 1991:

"Al expedir las normas por las cuales habrá de regularse el comercio internacional del país, el Gobierno Nacional deberá hacerlo con sometimiento a los siguientes principios:

"... Procurar una legal y equitativa competencia a la producción local y otorgarle una protección adecuada, en particular, contra las prácticas desleales del comercio internacional".

Según la actora con fundamento en la primera norma transcrita el Gobierno Nacional no podía hacer las regulaciones a que se contraen las normas cuestionadas, pues tal norma sólo trata de la modificación del régimen de aduanas, el cual se circunscribe a aspectos arancelarios.

Estima la Sala que no asiste razón a la demandante ya que el régimen de aduanas o la materia aduanera es un término genérico que incluye a las operaciones de importación, exportación, almacenamiento y tránsito de mercancías, como bien lo hace notar el apoderado de la demandada. En efecto, el artículo 1o. del Decreto 2666 de 1984, que para estos efectos se encuentra vigente ya que la derogatoria que del mismo hizo el artículo 111 del Decreto 1909 de 1992, como expresamente allí se lee, lo fue **"exclusivamente en lo que se refiere al régimen de importación"**, preceptúa: **"Regímenes aduaneros** son las normas que regulan las diferentes operaciones de importación, exportación, almacenamiento y tránsito de mercancías".

De tal suerte que el aspecto arancelario tan sólo constituye una de las especies del régimen de aduanas.

En relación con el artículo 2o. numeral 5o. de la Ley 7a. de 1991, tampoco es de recibo el argumento de la actora, pues del contenido de esta norma no se infiere que ella tenga por postulado únicamente proteger la importación, ya que el "comercio internacional", que es lo que pretende amparar la disposición en estudio de las prácticas desleales, no excluye, como es obvio, las exportaciones que son parte de la actividad de él.

De otra parte, el artículo 1o. del Decreto impugnado no tiene el alcance que la demandante pretende darle para endilgarle la violación de los artículos 58, 60 y 333 de la Constitución Política. En efecto, la Leyenda "prohibida su distribución y venta en Colombia", que según el mencionado artículo 1o. deben contener las cajetillas de cigarrillos de producción nacional destinados a ser exportados, no conduce a afirmar que los colombianos no puedan adquirir en el mercado libre del país cigarrillos para exportar, pues la exportación de éstos no está siendo prohibida por la norma en cuestión. Tampoco de ella se puede inferir que los cigarrillos de producción nacional que no tengan por destino la exportación, no puedan ser adquiridos por cualquier persona. Estos razonamientos descartan la imputación que se hace de desconocer la iniciativa privada y la libertad de empresa.

Bajo esta perspectiva el cuarto cargo de la demanda, que guarda estrecha relación con el *sub-exámine,* tampoco tiene virtualidad de prosperar.

En lo que atañe al tercer cargo de violación del artículo 13 de la Carta Política, para la Sala ha de ser desestimado ya que el principio de igualdad que predica el citado precepto constitucional sólo puede ser analizado frente a situaciones de hecho similares, esto es, en relación con personas que desarrollan la misma actividad. En otro giro, si el acto acusado regula la actividad exportadora de cigarrillos de producción nacional, la observancia del principio de igualdad impone a las autoridades el deber de impartir el mismo tratamiento para todas las personas que se dediquen a la misma actividad.

No puede por lo mismo pretenderse que si se establecen requisitos, condiciones o limitaciones para esta actividad, deban así mismo exigirse para las demás de índole industrial y agrícola que sean susceptibles de exportación, dado que la exigencia de tales requisitos debe obedecer a las condiciones coyunturales de la economía que en un momento determinado reclaman la adopción de medidas frente a ciertos renglones de la economía sin que inexorablemente deban afectar a todos.

En el quinto cargo de la demanda la demandante aduce la violación de los artículos 211 de la Constitución Política, 46, 49 y 50 del Decreto Ley 444 de 1967; 14 numerales 7o., 12 y 15, 17 y 18 de la Ley 7a. de 1991.

En relación con el artículo 2o. del Decreto acusado invoca la actora la transgresión del artículo 211 de la Carta por cuanto el director de Impuestos y Aduanas Nacionales no se encuentra dentro de los funcionarios que pueden recibir delegaciones, como la que hace la norma en mención.

Dispone el artículo 2o. acusado:

> "Rutas. La exportación de cigarrillos de producción nacional que reúna las características señaladas en el artículo anterior, únicamente se hará por los puertos y aeropuertos que señale el director de Impuestos y Aduanas Nacionales.
>
> Las administraciones de Impuestos y Aduanas así autorizadas serán las únicas competentes para certificar los respectivos embarques, de conformidad con las normas generales de exportación".

Sobre el particular, precisa la Sala lo siguiente:

Por expreso mandato del artículo 13 literal b) del Decreto 2117 de 29 de diciembre de 1992, "Por el cual se fusionan la Dirección de Impuestos Nacionales y la Dirección de Aduanas Nacionales en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se dictan disposiciones complementarias", expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad excepcional que le confirió el artículo transitorio 20 de la Carta Política, el director de Impuestos y Aduanas Nacionales tiene la función de "Participar en la definición de políticas en materia de tributos y **comercio exterior** y en la preparación de los proyectos gubernamentales que tengan relación con tributos y aspectos aduaneros" (se resalta fuera de texto).

Estando esta entidad adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual, conforme lo dispone el artículo 1o. del Decreto 2112 de 1992, tiene como objetivo formular y desarrollar a nombre del Gobierno Nacional las políticas del Estado en materias como la aduanera y en armonía con él, de acuerdo con el artículo 4o. literal m) *ibídem,* orientar el desarrollo de la política gubernamental en esa misma materia, fijando pautas para el cumplimiento de las normas pertinentes, forzoso es concluir que no se está en presencia de una delegación de funciones sino de una clara asignación de las mismas, por lo cual se descarta la transgresión del artículo 211 de la Constitución Política.

En lo que respecta a los artículos 3o., 4o. y 7o. del Decreto acusado argumenta la demandante que las previsiones allí contenidas no correspondía hacerlas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sino al Consejo Superior de Comercio Exterior.

Para la Sala asiste razón a la actora en cuanto concierne a los artículos 3o. y 4o. En efecto, el artículo 14 numeral 12 de la Ley 7a. de 1991, la cual, entre otras

regulaciones, dispuso la creación del Ministerio de Comercio Exterior, es diáfano en señalar que corresponde al Consejo Superior de Comercio Exterior la facultad de "Expedir las normas relativas a la organización y manejo de los registros que sean necesarios establecer en materia de comercio exterior, con inclusión de los requisitos que deben cumplir, el valor de los derechos que haya lugar y las sanciones que sean imponibles por la violación de tales normas".

De la misma manera el artículo 4o. numeral 10o. del Decreto No. 2350 de 1991 "por el cual se define la estructura orgánica del Ministerio de Comercio Exterior, se determinan sus funciones y se dictan otras disposiciones", prevé como función del Ministerio de Comercio Exterior la de "Proponer y hacer cumplir a través de las entidades competentes, **una vez aprobados en el Consejo Superior de Comercio Exterior los trámites, requisitos y registros ordinarios aplicables a las importaciones y exportaciones de bienes, servicios y tecnología y aquellos que con carácter excepcional y temporal se adopten para superar coyunturas adversas al interés comercial del país** (lo destacado fuera de texto).

Habida cuenta que los artículos 3o. y 4o. del Decreto acusado regulan lo relativo a los registros de exportadores y de los contratos de venta de cigarrillos tipo exportación, exigiendo requisitos para tal efecto, aparece claro de su texto, en consecuencia, que el Gobierno Nacional, integrado en este caso por el Presidente de la República y el ministro de Hacienda y Crédito Público, al actuar así se arrogó una competencia, que es privativa del Consejo Superior de Comercio Exterior, y por ello se transgredió el mandato contenido en el citado numeral 12 del artículo 14 de la Ley 7a. de 1991.

Considera la Sala que la regulación a la que se contrae el artículo 7o. acusado, no corresponde a la competencia del Consejo Superior de Comercio Exterior, pues el Decreto Ley 1750 de 1991, que describió las conductas contravencionales administrativas aduaneras merecedoras de sanción, que son las mismas que contempla el referido artículo 7o., se la asignó a la Dirección General de Aduanas, entidad ésta que por mandato del Decreto 2117 de 1992 se fusionó con la Dirección de Impuestos Nacionales y está adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En consecuencia, sólo prosperan las súplicas de la demanda en lo que atañe a los artículos 3o. y 4o. acusados.

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 3o. y 4o., del Decreto Reglamentario No. 1572 de 12 de agosto de 1993, expedido por el Gobierno Nacional.

2o): DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

3o): DEVUELVASE a la actora la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día once (11) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

ISS–Reestructuración/ISS–Naturaleza Jurídica/GOBIERNO NACIONAL–Facultades/MODERNIZACION DEL ESTADO

La estructura de una entidad comprende la parte orgánica y la parte funcional. La parte orgánica está conformada por la naturaleza, objetivos, órganos de dirección y administración y las distintas dependencias o niveles. La parte funcional, como su nombre lo indica, atañe a las funciones que se han previsto por parte de dichos órganos de dirección y administración y de las distintas dependencias para desarrollar los objetivos de la entidad. Reestructurar, entonces, significa modificar la estructura de una entidad, y tal modificación puede recaer sobre cualesquiera de los elementos que forman parte de la misma. La naturaleza jurídica de una entidad, como elemento integral que es de su estructura, no puede, por lo mismo, considerarse aislada o separada del todo del cual forma parte. Así como es posible variar la composición de los órganos de dirección o administración, ampliar o reducir los objetivos, crear o suprimir dependencias, asignar o reducir funciones, es posible variar la naturaleza jurídica, sin que ello implique crear una nueva entidad. Para que pueda hablarse de la creación de una nueva entidad habría, por lo mismo, que producir un cambio total en cada uno de los elementos que conforman la estructura, comenzando por los objetivos, que es uno de los aspectos que justifican la razón de ser de cualquier entidad.

COMISION ASESORA DEL GOBIERNO

Las evaluaciones y recomendaciones de dicha Comisión no podían tener carácter obligatorio para el Gobierno Nacional porque de considerarse así el proceso de reestructuración, fusión o supresión de las entidades

de que trata el artículo transitorio 20 no dependería del ejercicio de una función de éste sino de aquella. El querer del Constituyente no fue otro que el de que expertos en administración pública y derecho administrativo, en razón de sus autorizados conocimientos sobre la materia, asesoraran al Gobierno Nacional en la tarea asignada, asesoría esta que no va más allá de ilustrar, sugerir o aconsejar.

SUPRESION DE EMPLEOS/INDEMNIZACIONES/DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES

En tratándose de la aplicación del artículo transitorio 20 hay licitud en la acción del Estado para suprimir cargos o empleos de quienes estén o no inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, sin perjuicio obviamente de la obligación de indemnizar a los titulares de los mismos. Teniendo en cuenta que los Decretos expedidos con fundamento en la norma transitoria 20 tienen la misma fuerza o entidad normativa que la Ley, en razón de la materia que regulan, bien podía el Gobierno Nacional consagrar disposiciones distintas de las previstas en otras normas de igual jerarquía y con incidencia en aspectos regulados en convenciones colectivas de trabajo, y sin perjuicio de los derechos consagrados en ellas en favor de los trabajadores.

CONFLICTO COLECTIVO DE TRABAJO–Inexistencia/COMISION PERMANENTE DE CONCERTACION

La concertación, a través de una comisión permanente integrada por el Gobierno Naconal y representantes de los empleadores y de los trabajadores, cuya composición y funcionamiento fue deferida a la Ley, se previó para contribuir a la solución de conflictos colectivos de trabajo en cuanto a políticas salariales y laborales se refiere. En el evento *sublite,* cuando se expidió el Decreto de reestructuración del I.S.S. no existía conflicto colectivo de trabajo alguno cuyo tema de discusión hubiese sido la política salarial y laboral de la entidad, que por lo mismo, para su solución, requiera de la intervención de una comisión para concertar sobre tales puntos.

SEGURIDAD SOCIAL–Cobertura/SERVICIO PUBLICO DE SALUD–Acceso Progresivo/SERVICIO ASISTENCIAL DE SALUD–Cuota

Es la propia Carta Política la que en su artículo 48 inciso 3o. prevé que puede ampliarse progresivamente la cobertura de la seguridad social

que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. Luego, si las condiciones de mortalidad de la población, de los avances tecnológicos y de las modalidades de la prestación de los servicios varían, no resulta inconstitucional la previsión de la posibilidad de ampliar los servicios que inicialmente presta el Instituto. Del contenido de las normas constitucionales que se invocan como transgredidas no se infiere la prohibición del acceso progresivo a los servicios de salud de acuerdo con el número de semanas cotizadas y que se puede pagar una cuota o contribución por los servicios asistenciales de salud utilizados.

ISS–Objeto/PRESTACION DE SERVICIOS DE SEGURIDAD SOCIAL/ SERVICIO PUBLICO DE SALUD/ISS–Funciones/PLAN DE SALUD OBLIGATORIO–Cobertura/EMPRESA PROMOTORA DE SALUD

El Decreto 2148 de 1992, como se ha referido en muchas oportunidades, tiene la misma fuerza o entidad normativa que la Ley. En tal carácter, podía establecer la forma de prestación del servicio de salud, máxime si el objeto del ISS, conforme se lee en el texto del artículo 2o. *ibídem,* es dirigir, administrar, controlar, vigilar y garantizar la prestación de los servicios de seguridad social. Por ello, no resulta ajena a la reestructuración la introducción de normas relativas a la modalidad de la prestación de los servicios médico-asistenciales. El Decreto 2148 de 1992 es claro en señalar como funciones del I.S.S. la de garantizar a sus afiliados y beneficiarios la prestación de los servicios médico-asistenciales integrales que por Ley les corresponde, mediante acciones de prevención, curación y rehabilitación y garantizar a sus afiliados y beneficiarios el pago de las prestaciones económicas a cargo del Instituto, de acuerdo con las normas legales vigentes. Por lo demás, es sabido que con la expedición de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, se previó un Plan de Salud Obligatorio que las Empresas Promotoras de Salud, dentro de las cuales está el I.S.S., tienen que prestar no sólo a los afiliados sino que es de cobertura familiar (artículo 163), de cuya obigación no puede sustraerse el Instituto.

ISS–Facultades/ENAJENACION DE BIENES/BIENES FISCALES

La propia Constitución Política, en su artículo 150 numeral 9o. faculta al Congreso para conceder autorizaciones al Gobierno para enajenar bienes nacionales. Teniendo el Decreto acusado, como ya se dijo, la misma fuerza o entidad normativa que la Ley, podía disponer, previa

autorización del Consejo Directivo, la enajenación de bienes, los cuales tienen el carácter de fiscales, sin que ello de ninguna manera vulnere el artículo 1o. de la Carta. En este caso, ni los bienes del Instituto están representados en acciones ni éste tenía antes de la reestructuración la calidad de sociedad sino de establecimiento público del orden nacional.

ISS–Reestructuración/ISS–Naturaleza Jurídica/**EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/REFORMA CONSTITUCIONAL/FINES ESENCIALES DEL ESTADO**

La Carta Política no supedita la transformación de las entidades que menciona en el artículo transitorio 20 a la previa desaparición dentro de la nomenclatura constitucional de la figura utilizada por el ente que se transforma. Es decir, para que un establecimiento público cuya calidad ostentaba el I.S.S. pudiera, en virtud de la reestructuración, convertirse en Empresa Industrial y Comercial del Estado, el artículo transitorio 20 no limitó tal atribución al desaparecimiento previo de los establecimientos públicos. Si bien es cierto el Constituyente buscaba poner en consonancia las entidades con los mandatos de la Reforma Constitucional, haciendo especial énfasis en la redistribución de competencias y recursos que ella establece, de manera alguna significa que las atribuciones contenidas en la norma transitoria se circunscribieran a este último aspecto, pues la Reforma Constitucional incluyó innovaciones que ameritan su adecuación a través de la reestructuración, fusión o supresión, como es el caso de los principios que informan la actuación administrativa, principios éstos que aun cuando el actor pretende subestimar, constituyen una de las finalidades de la norma transitoria, pues en la medida en que la función administrativa se gobierne por aquéllos, podrán satisfacerse los fines esenciales del Estado.

DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES–Temporalidad/**GOBIERNO NACIONAL–**Facultades

Del contenido de los artículos 150 numeral 7o. y 189 numerales 15 y 16 de la Constitución Política, se deduce que la facultad que le dio el artículo transitorio 20 al Gobierno Nacional para que fuera ejercida dentro del término de 18 meses contado a partir de la entrada en vigencia de aquella, sin duda alguna tiene carácter legislativo, pues teniendo en cuenta que para la época de expedición de la Carta el Congreso se encontraba en receso de virtud de la revocatoria de su mandato, no podía el Gobierno hacer uso de las atribuciones constitucionales contenidas en el artículo 189 numerales 15 y 16, de carácter administrativo, que le

exigían obrar de conformidad o con sujeción a la Ley. Estando demostrada la naturaleza legislativa de la función excepcional transitoria de la que la Carta revistió al Gobierno Nacional, no puede considerarse que el término en este caso de 18 meses para que el Consejo Directivo del I.S.S. adecue la estructura interna y la planta de personal a las decisiones adoptadas, constituya una prórroga del plazo previsto en la norma transitoria, pues según las voces del Decreto 1050 de 1968 en su artículo 26 literal b. y 1042 de 1978 en su artículo 74, las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado tienen dicha función administrativa de manera permanente y para su ejercicio no requieren de la fijación de término alguno.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expedientes acumulados Nos. 2275, 2278, 2281, 2298 y 2327. Acción: Nulidad. Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte y otros.

Los ciudadanos LUIS CARLOS SACHICA APONTE, RODRIGO UPRIMNY YEPES, MANUEL GALINDO ARIAS, ALBERTO PARDO BARRIOS Y CARLOS ALBERTO BALLESTEROS BARON, obrando en sus propios nombres y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitan de esta Corporación, en demandas separadas que se rituaron inicialmente en procesos diferentes y que fueron acumulados mediante proveído de 30 de junio de 1993 (folios 133 a 137 del expediente No. 2275), la declaratoria de nulidad del Decreto 2148 de 30 de diciembre de 1992 "Por el cual se reestructura el Instituto de Seguros Sociales "I.S.S.", expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones conferidas en el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

II–. CONCEPTO DE VIOLACION EN LOS PROCESOS ACUMULADOS

I.1–. DEMANDA RADICADA BAJO EL No. 2275.

Cita el actor como transgredidos con el acto acusado los artículos 58, 150 numeral 7o. y transitorio 20 de la Constitución Política.

Hace consistir el concepto de la violación a través de los siguientes cargos, los cuales pueden sintetizarse así:

Primer cargo: Alcance del artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

Siendo como son las facultades otorgadas excepcionalmente, de efectos restringidos, las del artículo transitorio 20 no comprendían de ninguna manera la de cambiar la naturaleza jurídica de las entidades sujetas a reestructuración.

En el caso del I.S.S. se optó por la reestructuración y en tal operación se dispuso variar la forma de cumplir la función que la Ley Orgánica le confió (Ley 90 de 1946), haciendo la consiguiente transformación de naturaleza, para pasar de establecimiento público a empresa industrial y comercial del Estado, lo que implica modificar el régimen de derecho privado.

Esas transformaciones son un evidente exceso que afecta la validez de las normas del Decreto acusado porque las facultades de que se invistió al Gobierno Nacional no podían ser sino las explícitas y precisamente concedidas en los términos del artículo transitorio 20, ya que, como lo han establecido la jurisprudencia y la doctrina, en el Estado de Derecho no hay facultades implícitas, menos tratándose del ejercicio de una competencia que no es propia sino atribuida accidentalmente a un órgano que no es su titular, pues en este caso el Gobierno decide materias cuya regulación corresponde a la Ley.

Para comprobar que la atribución para reestructurar no tiene el alcance que le dio el Decreto acusado, se debe tener en cuenta que:

a): La estructura de una entidad es lo atinente a la forma como está compuesta; a la determinación de sus elementos y a la disposición funcional de éstos como un sistema de partes interdependientes, de modo que le permita obtener sus objetivos, o sea, es lo que toca con su organización y funcionamiento.

b): Luego, quien reestructura, puede cambiar la forma de lo que es objeto de reestructuración y la disposición interna de sus elementos, pero no puede cambiar sus funciones, porque eso equivale a cambiar su naturaleza y, en consecuencia, a crear otro ente.

c): Quien solo tiene la facultad para reestructurar un ente puede, siempre que no cambie sus funciones, ni la clase de entidad a que pertenece, refundir dependencias, eliminarlas o ampliarlas, pero no otorgarle una función distinta, ni cambiar la naturaleza del organismo ni su régimen legal.

d): Dar otra interpretación a la facultad de reestructurar equivale a otorgarle al Gobierno Nacional la potestad atribuida al Congreso en el numeral 7o. del artículo 150 de la Constitución Política en el que sí es explícito el poder para crear entidades y para autorizar su creación, lo cual no es el caso del artículo transitorio 20.

e): Cuatro de los siete miembros de la Comisión Evaluadora conceptuaron negativamente sobre el proyecto de Decreto 2148 de 1992, de lo cual se deduce que por este aspecto el Gobierno violó el artículo transitorio 20.

En conclusión, el artículo 1o. del Decreto enjuiciado es inconstitucional por violar los artículos transitorio 20 y 150 numeral 7o. de la Carta.

Segundo cargo: El cambio de naturaleza del Instituto de los Seguros Sociales.

La naturaleza de una entidad administrativa depende de sus funciones. No es lo mismo un ente puramente administrativo que uno de carácter industrial, comercial, financiero, etc., y por eso también cambia su régimen legal.

De acuerdo con los artículos 2, 3 y 12 del Decreto 2148 de 1992, el I.S.S. pasa a ser un ente que prestaba directamente los servicios de seguridad social que le asignó la Ley 90 de 1946, a ser una empresa cuya responsabilidad es distinta: garantizar la prestación de esos servicios y las consiguientes afiliaciones y recaudo de los aportes.

Esta modificación sustancial afecta la naturaleza del Instituto, ya que no es simple cuestión de estructura sino de función, por lo tanto se excede el artículo transitorio 20, porque se está creando una nueva institución.

Tercer cargo: Las disposiciones laborales transitorias y el artículo 58 de la Constitución Política.

Las disposiciones laborales transitorias del capítulo IV son inconstitucionales ya que violan los derechos adquiridos de los trabajadores oficiales en las convenciones colectivas vigentes y ello implica desconocer la garantía que el artículo 58 de la Carta otorga a los derechos adquiridos.

Cuarto cargo: La gradualidad de los servicios es inconstitucional.

La forma de prestación del servicio diversificándolo para los usuarios, según los aportes (artículo 15), es materia legislativa que no fue concedida al Gobierno Nacional en el artículo transitorio 20, y no fue investido de facultad extraordinaria para tal efecto. Prestar los servicios médico-asistenciales a cuenta gotas desvirtúa la naturaleza integral que tiene constitucionalmente la seguridad social.

I.2–. DEMANDA RADICADA BAJO EL No. 2278.

Afirma el actor que el Decreto 2148 de 1992 es inconstitucional por violar el preámbulo y los artículos 1o. a 4o., 40, 113, 114, 150 ordinal 7o. y transitorio 20 de la Constitución Política.

Hace consistir, en síntesis, los cargos de violación así:

Primer cargo: La facultad de suprimir, fusionar y reestructurar, no incluye la de cambiar la naturaleza jurídica.

El cambio de naturaleza jurídica es más propio de la facultad de crear entidades, que no le fue expresamente concedida al Gobierno Nacional por el Constituyente.

Una variación de naturaleza no es una simple reestructuración o readecuación de funciones de una entidad ya existente, sino la supresión de una entidad para crear otra nueva. El hecho de que se conserve el mismo nombre no debe llamar a engaño. Al Gobierno nunca se le atribuyó la posibilidad de crear entidades nuevas.

No era necesario el cambio de naturaleza jurídica del Instituto, pues la Constitución mantiene la figura de los establecimientos públicos y no modificó los recursos ni las competencias de una entidad como el I.S.S.

La modernización y la búsqueda de eficacia no era una finalidad del artículo transitorio 20: hubo una especie de "desviación de poder" del Ejecutivo. No existe ningún mandato constitucional que ordene una transformación en tal sentido. Por ello, una estrategia como la puesta en marcha por el Gobierno debía ser objeto de un debate democrático mediante los amplios mecanismos de participación previstos en la Constitución.

Por los anteriores argumentos se concluye la violación del artículo transitorio 20, pues el Ejecutivo se excedió en las facultades consagradas por esa norma.

Segundo cargo:

Al excederse el Gobierno Nacional en el uso de las facultades transitorias, invadió el ámbito legislativo del Congreso, violando la separación de los poderes y los artículos 113, 114 y 150 numeral 7o. de la Constitución Política.

Tercer cargo:

Al evadir el Gobierno Nacional el debate democrático con el argumento de la modernización y la eficiencia, desconoció la participación democrática, violando así el preámbulo y los artículos 1o. a 3o. y 40 de la Carta, pues la búsqueda de eficiencia no puede ser entendida como la justificación de opciones tecnocráticas decididas por unos pocos iniciados, o como la legitimación de estrategias de mercantilización de los servicios públicos. La eficiencia es un valor subordinado a la participación democrática, a la justicia social (preámbulo), a la primacía de los derechos de las personas (artículo 5o.) y al carácter de Estado Social de Derecho de Colombia.

I.3–. DEMANDA RADICADA BAJO EL No. 2298.

Señala el actor como quebrantados con el Decreto acusado los artículos 2o., 13, 46, 48, 49, 53, 55, 58, 150 numeral 7o., 189 numeral 14 y transitorio 20 de la Constitución Política.

Fundamenta el concepto de la violación a través de los siguientes cargos:

Primer cargo:

Los principios básicos de solidaridad, universalidad, igualdad e integralidad, consagrados en los artículos 1o., 2o., 46, 48 y 49 de la Constitución Política, han sido desconocidos por el artículo 15 del Decreto acusado cuando el afiliado recibe un paquete de servicios y no la totalidad a que aún hoy tiene derecho; cuando unos afiliados reciben un paquete y otros reciben otro paquete distinto; cuando no todos los afiliados tendrán los mismos servicios y éstos dependerán de la clasificación social y económica que haga el I.S.S. de sus afiliados y del número de semanas cotizadas.

Segundo cargo:

Se vulnera el principio de la eficiencia previsto en los artículos 48 y 49 *ibídem,* cuando el artículo 12 señala que el I.S.S., por regla general, suscribirá contratos para la prestación de los servicios de salud; promoverá la creación de asociaciones o instituciones sin ánimo de lucro.

De igual manera, esta disposición quebranta el artículo transitorio 20 al transferir a otras entidades el objeto original asignado al I.S.S. de prestar directamente los servicios, función esta que no puede ser cambiada bajo el supuesto de reestructurar la entidad, cuando lo que se haría es liquidar el actual I.S.S. y crear otro ente.

Tercer cargo:

Se vulnera el artículo 58 de la Constitución Política por parte de los artículos 12 a 15 del Decreto acusado, por cuanto los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por Leyes posteriores.

Cuarto cargo:

El Decreto 2148 de 1992 viola el artículo 150 numeral 7o. de la Constitución Política al señalar en su artículo 1o. que el I.S.S. funcionará en adelante como empresa industrial y comercial del Estado, pues la creación o autorización para crear tales

empresas le corresponde al órgano legislativo. Sobre el cambio de naturaleza de la entidad la Comisión de Expertos no estuvo de acuerdo y el Gobierno Nacional no tuvo en cuenta tales recomendaciones.

Quinto cargo:

En ninguno de los artículos del Decreto acusado se hace referencia a los beneficiarios del Afiliado y del pensionado, por lo cual se infringen los artículos 13 y 58 de la Carta.

Sexto cargo:

El legislador no ha precisado las Leyes que debe seguir el Gobierno para regular las actividades de las empresas de seguros de salud o de medicina prepagada, por medio de las cuales se capta el dinero del público.

La Ley 12 de 1976 le confirió facultad al Gobierno para definir los mecanismos de captación e inversión de los dineros del I.S.S. y de sus afiliados a través del Decreto 1650 de 1977, pero el Gobierno Nacional desconoce la labor legislativa sobre estos aspectos.

Séptimo cargo:

Con la expedición del Decreto 2148 de 1992 se vulneró el artículo 18 numeral 14 de la Carta. No existe Ley que le permita al Gobierno Nacional suprimir los empleos del I.S.S. como lo hizo en los artículos 16 a 40.

Octavo cargo:

Todas las disposiciones laborales transitorias del Decreto 2148 de 1992 tienen como objetivo terminar la vinculación que hoy tienen los trabajadores oficiales y funcionarios de seguridad social con el I.S.S., desconociendo la convención colectiva de trabajo vigente, las normas laborales contenidas en el Decreto 1651 de 1977 y los artículos 58 y 209 de la Constitución Política.

I.4–. DEMANDA RADICADA BAJO EL No. 2281.

Los cargos que aduce el actor pueden sintetizarse así:

Primer cargo:

Se violó por parte del Decreto 2148 de 1992 el artículo transitorio 20 de la Constitución Política ya que el Presidente de la República hizo caso omiso de las recomendaciones de la Comisión Asesora; el fin de la consonancia con los mandatos

de la Reforma Constitucional no se cumple, pues el Decreto significa un retroceso; y la norma transitoria no autorizó al Gobierno para cambiar la naturaleza jurídica del Instituto, con lo cual se usurpan funciones del Congreso.

Segundo cargo:

De acuerdo con el artículo 2o. del Decreto acusado, el I.S.S. no prestará directamente los servicios de seguridad social. Ello contradice el mandato del artículo 49 de la Carta pues si el Instituto no presta directamente los servicios ¿cómo puede garantizar la universalidad y la solidaridad? Y si las empresas particulares venden salud, con ánimo de lucro, ¿cómo pueden garantizar el derecho irrenunciable a la seguridad social y cómo puede ampliarse progresivamente la cobertura de la seguridad social como lo ordena el artículo 48 *ibídem*?

De otra parte, si el I.S.S. no va a tener a su cargo la prestación del servicio, ¿cómo podrá garantizar que el mismo se preste de manera eficiente?

Lo expresado en el artículo 12 del citado Decreto contradice el mandato constitucional plasmado en los artículos 48 y 49 de la Carta.

Tercer cargo:

El artículo 12 del Decreto acusado quebranta el preámbulo de la Carta Política.

El artículo 13 *ibídem* quebranta la misma disposición y los artículos 48 y 49 de la Carta, pues es evidente que no se puede esperar que una comunidad de escasos recursos esté en condiciones de sostener su respectiva clínica o unidad de prestación de servicios.

El artículo 14 del referido Decreto transgrede el artículo 1o. de la Constitución Política al vender los bienes del Instituto para que se beneficien unos pocos negociantes en salud, lo cual atenta contra el interés de la mayoría (usuarios del Seguro).

Cuarto cargo:

El artículo 15 del Decreto 2148 de 1992 contraría los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, por cuanto al determinar el acceso gradual y progresivo de los diferentes servicios, en proporción al número de semanas cotizadas, está desmejorando la calidad de la atención, deteriorando la prestación del servicio, dejando así de ser eficiente, universal y solidario. Por la misma razón, también se transgreden el preámbulo y los artículos 1o. y 2o. *ibídem.*

Quinto cargo:

Los artículos 16 a 31 del Decreto acusado atentan contra el Estado Social de Derecho.

I.5–. DEMANDA RADICADA BAJO EL No. 2327.

Cita el actor como violados el preámbulo y los artículos 1, 2, 13, 23, 25, 42, 44, 46, 48, 49, 53, 56, 60, 125, 150 numeral 7o. y transitorios 20 y 57 de la Constitución Política.

Fundamenta, en síntesis, el concepto de la violación así:

Primer cargo:

El Decreto 2148 de 1992 viola el preámbulo de la Constitución Política, pues es claro que en éste se resaltó con especialidad el trabajo como valor social de gran transcendencia y como aspecto inherente a la dignidad del ser humano.

Al permitir la supresión masiva de cargos se desconoce este postulado básico.

De igual manera, los artículos 12 a 15 violan el preámbulo porque no se puede concebir la garantía de un orden económico social justo cuando el Estado abandona la prestación de los servicios y se convierte en un simple vigilante; cuando los usuarios tienen que mantener las clínicas y unidades de prestación de servicios y cancelar un valor adicional a la retención ordinaria por los servicios de salud utilizados; y cuando se están dejando por fuera a los usuarios del servicio no afiliados.

Segundo cargo:

a): Los artículos 2o., 12 a 15, 16 a 31 y 38 a 40 *ibídem* transgreden el artículo 1o. de la Constitución Política, ya que no se puede concebir como ajustado al criterio de Estado Social de Derecho un ordenamiento que so pretexto de modernizar el Estado atenta contra los derechos fundamentales no sólo de las personas vinculadas al Instituto sino de los usuarios del mismo.

b): Dichas normas infringen el artículo 2o. de la Carta porque el Gobierno en vez de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, los ha violentado atentando contra el trabajo, la dignidad humana y el Estado Social de Derecho.

Tercer cargo:

Los artículos 21 a 23 atentan contra el artículo 13 de la Constitución Política al permitir que la reestructuración se haga en forma indiscriminada, sin un criterio objetivo claro que evite la arbitrariedad.

En cuanto a las indemnizaciones, se aplica una desigualdad en lo referente al tiempo de servicio, como si el derecho de carrera se adquiriera por el transcurso del tiempo.

Si se pretende obtener una indemnización, no se logra el objetivo por la cuantía tan ínfima que establece el Decreto acusado.

Se establece una discriminación ilógica e injusta cuando el Decreto menciona las bonificaciones para los funcionarios con nombramiento provisional (artículo 23). Aparentemente se pretende compensar el perjuicio, lo que no se logra en ciertos topes cuando, por ejemplo, con 4 años de servicio la indemnización sería equivalente a 120 días, mientras que el funcionario de la seguridad social la tendría en 90 días, lo cual es injusto, discriminatorio y desigual.

Cuarto cargo:

Los artículos 16 a 23 violan los artículos 25, 53 y 125 de la Constitución Política, al establecer un sistema de desvinculación que no tiene en cuenta el mérito para ello, atentando contra la estabilidad y los derechos adquiridos.

La carrera administrativa genera un derecho que la Ley no puede menoscabar.

Quinto cargo:

Se violan los artículos 42, 44 y 46 de la Carta Política, pues una de las formas como el Estado ha venido intentando cumplir con la obligación social de garantizar la "protección integral de la familia", ha sido mediante la modalidad de beneficiarios de los sistemas de seguridad social.

Los artículos 19, 24, 26 y 38 del Acuerdo 536 de 1974 se han orientado en este sentido, pero el artículo 15 del Decreto acusado desconoce esta evolución legislativa y el artículo 42 de la Constitución cuando señala como únicos beneficiarios a los afiliados, además de cobrar el servicio.

Por la misma razón se vulneran los artículos 44 y 46 *ibídem,* pues en vez de concurrir el Estado a cumplir con las obligaciones frente a los menores y personas de la tercera edad, se aleja de ellas.

Sexto cargo:

Los artículos 12 a 15 del referido Decreto transgreden los artículos 48, 49, 365 y 366 de la Constitución Política, por cuanto al dejar de prestarse por el Estado el servicio público de salud, éste deja de responder efectivamente por la prestación del mismo.

Con la nueva modalidad de prestación de asistencia médica y servicios asistenciales, en vez de constituir una garantía para tal prestación se imposibilita el acceso a ella.

La obligación del Estado que es principalísima y contiene correlativamente un derecho fundamental, es convertida en excepción, atentando así contra la finalidad y

alcance del artículo 48, desvirtuando el concepto de Estado Social de Derecho aplicado en el área de la salud.

Séptimo cargo:

El Decreto 2148 de 1992 viola el artículo 56 de la Constitución Política, pues con la desvinculación de más de 16.000 empleados era obligatorio concertar o, por lo menos, intentarlo, lo que en ningún momento se presentó.

Octavo cargo:

El artículo 15 del citado Decreto vulnera el artículo 58 de la Carta ya que existe un derecho que han adquirido los afiliados y los beneficiarios del Instituto.

Los artículos 16 a 31 *ibídem* desconocen los derechos a la estabilidad del empleo de los funcionarios de la seguridad social.

Noveno cargo:

El numeral 2o. del artículo 14 del Decreto 2148 de 1992 vulnera el artículo 60 de la Constitución Pública, ya que en aquel se utiliza la expresión facultativa en tanto que en éste es obligatoria e imperativa.

Décimo cargo:

Los artículos 1o. a 3o., 4 a 15 y 32 a 41 del Decreto 2148 de 1992 transgreden el artículo transitorio 20 por cuanto no se cumplieron los requisitos allí previstos, a saber:

a): El Presidente no estaba facultado para cambiar la naturaleza jurídica de la entidad;

b): No se tuvieron en cuenta las recomendaciones de la Comisión Asesora; y

c): Nada tiene que ver con la reestructuración la introducción de normas relativas a la prestación de servicios médicos asistenciales, la determinación de cobrar cuota de contribución o franquicia y disponer lo que prevé el artículo 15.

Decimoprimer cargo:

Se vulnera el artículo 57 transitorio, en concordancia con el artículo 150 numeral 23 de la Carta, por cuanto el Decreto acusado introduce normas sobre seguridad social y tales disposiciones sólo podrían expedirse integrándose la Comisión a que alude el primer precepto invocado.

Decimosegundo cargo:

Los artículos 16 a 31 del Decreto 2148 de 1992 violan el artículo 243 de la Constitución Política por cuanto se reprodujo el contenido del Decreto 1660 que fue declarado inexequible en sentencia de 13 de agosto de 1992.

Decimotercer cargo:

El Decreto acusado viola el artículo transitorio 20 por haber excedido el término de 18 meses en él previsto.

II–. TRAMITE DE LOS PROCESOS

II.1–. Los procesos que se deciden por medio de esta sentencia fueron acumulados en virtud de auto de 30 de junio de 1993 (folios 133 a 137, expediente 2275).

En cada uno de ellos se admitieron las respectivas demandas así:

– Expediente No. 2275, por auto de 24 de febrero de 1993 (folios 24 a 25).

– Expediente No. 2278, por auto de 5 de marzo de 1993 (folios 24 a 29).

– Expediente No. 2281, por auto de 26 de febrero de 1993 (folios 15 a 17).

– Expediente No. 2298, por auto de 12 de marzo de 1993 (folios 36 a 40).

– Expediente No. 2327, por auto de 19 de agosto de 1993 (folios 59 a 69). En este proceso se decretó la suspensión provisional de los efectos de la expresión referida al plazo de 18 meses contado a partir de la fecha de publicación del Decreto 2148 de 1992, contenida en el artículo 19, medida que fue revocada mediante proveído de 28 de octubre de 1993.

II.2–. La Nación –Ministerio de Trabajo y Seguridad Social– se hizo parte en todos los procesos, y a través de apoderado adujo principalmente lo siguiente:

1–. La finalidad de la facultad constitucional contenida en el artículo transitoro 20 de poner en consonancia las entidades allí previstas con los mandatos de la Reforma Constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece, conlleva en este caso a que tales entidades deben guardar plena armonía en su estructura y forma de actuar con los mandatos de aquella, y para asegurar dicha armonía la Carta confirió atribuciones al Gobierno Nacional.

El propósito de los autores de la norma constitucional transitoria fue el de la necesidad de racionalizar el ejercicio de la función pública para evitar duplicidad de funciones y reducir el número de instituciones en las cuales se maneje el presupuesto

público; privatizar algunos de los servicios cuya prestación asumió ineficiente y monopolísticamente, aprovechándose así la oportunidad de que el Gobierno Central abandone funciones que nunca debió tener.

2–. Conviene destacar, entre otros, los nuevos mandatos constitucionales en relación con la Constitución de 1886, para asegurar la adecuación de las entidades de la administración pública a dichos preceptos, como son los artículos 1o., 2o., 209, 83, 84, 210, 365, 302, 357, 267 inciso 4o., 227 numeral 5o. y 48.

En estos preceptos se desarrolla de una manera específica el concepto de Estado Social de Derecho.

La nueva Carta pretende una desconcentración de funciones en los distintos organismos de la administración nacional, cambiando en estos casos la forma de su gestión en la prestación de los servicios públicos.

3–. No es cierto que en uso de las facultades atribuidas por el artículo transitorio 20 no puede el Gobierno cambiar la forma de cumplir las funciones de los entes relacionados en dicha disposición, pues tal facultad está insita en ella. No se está creando un nuevo ente. El Gobierno no dispuso tal cosa. El Decreto acusado conserva los mismos cometidos de ejecutar los planes y programas sobre seguros sociales obligatorios, sin tener ahora la obligación de atender en forma directa la prestación de los servicios médico asistenciales, pero garantizando su eficiente y correcta prestación mediante la suscripción de contratos con entidades públicas o privadas especializadas en servicios de salud.

La función de una entidad descentralizada hace parte del denominado "estatuto básico", pero ella no determina su naturaleza jurídica. El propósito que cumple un establecimiento público también lo puede desempeñar una empresa industrial y comercial del Estado.

La adopción de una u otra modalidad del ente, su disposición interna, el régimen jurídico de los actos y contratos, sí pueden determinar la más eficiente y ágil forma de prestar el servicio, sin que se pueda afirmar que es la función la que determina la naturaleza jurídica de la entidad.

De otra parte, la Carta Política no supedita cualquier transformación de este tipo a la previa desaparición dentro de la nomenclatura constitucional de la figura utilizada por el ente que se transforma.

4–. El Gobierno no ha violado el artículo transitorio 20 por no haber atendido las observaciones formuladas por la mayoría de la comisión evaluadora, pues tales observaciones no tienen carácter vinculante para el Gobierno, quien es el titular de las atribuciones. La expresión "tener en cuenta" no significa "acoger".

5–. Es deber de la parte demandante probar la existencia de convenciones colectivas que contengan derechos y garantías más favorables de las que establece el Decreto acusado en sus disposiciones transitorias.

6–. El mecanismo de la gradualidad en el acceso de los servicios asistenciales del I.S.S. no es novedoso dentro de la reglamentación del Instituto. El artículo 15 del Decreto 2148 de 1992 está reiterando la facultad que tiene aquel para racionalizar el otorgamiento de las prestaciones inherentes a los seguros sociales obligatorios, consagrado desde mucho antes en los Decretos 433 de 1971 y 1650 de 1977, con lo cual se pretende, además de ofrecer el suministro de servicios en condiciones competitivas eficientes, mantener un equilibrio financiero en el costo de estos servicios, habida consideración que su suministro tiene un valor superior al de las contribuciones o aportes que recibe el I.S.S. de sus usuarios potenciales. Por lo anterior, el artículo 15 no desborda el ámbito de las facultades establecidas en el artículo transitorio 20.

7–. La Constitución Política de 1991 le asigna al Estado la responsabilidad en la dirección, coordinación y control del servicio público de la seguridad social, previendo que en prestación participen los particulares, a la luz del inciso 2o. del artículo 48 y 365.

Esta participación en manera alguna representa una amenaza contra la forma de organización política del Estado Social de Derecho. Tampoco constituye un peligro a la protección de la seguridad social de los sectores vulnerables de la población como las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas de la tercera edad.

No se puede confundir el concepto de seguridad social con la labor que desarrolla el seguro social administrado por el I.S.S. Por ello, no puede afirmarse que la reestructuración de dicho Instituto implique una reforma al régimen de seguridad social.

8–. Los principios orientadores de la actividad del Estado en la búsqueda del ideal de seguridad social constituyen unos propósitos que se encuentran condicionados por factores económicos, técnicos, sociológicos y culturales de la Nación.

Los programas de seguridad social tienen que estar adaptados a las posibilidades económicas del país, so pena de no ser efectivos. Para evitar este riesgo, las autoridades que prestan el servicio de la seguridad social establecen limitaciones y carencias (período en que no se tiene cobertura), sin que se pueda decir que estos mecanismos contrarían los principios de universalidad, solidaridad e igualdad.

9–. No puede hablarse de derechos adquiridos de los usuarios del Seguro Social, pues por tales derechos debe entenderse los que han ingresado al patrimonio del titular del derecho y difieren de aquellos beneficios que sólo constituyen una expectativa para el individuo.

10–. En cuanto a los bienes del Instituto, éstos tienen el carácter de fiscales, por lo tanto se cae por sí solo el argumento de que los derechos adquiridos por los usuarios, protegidos por el artículo 58 de la Carta, son violados por el artículo 14 del Decreto al disponer la venta de los activos del Instituto, que son bienes de "uso público".

11–. El preámbulo de la Constitución incluye al trabajo como uno de los elementos que deben ser asegurados a través de la Carta Política, pero no es el único ni tampoco el primordial. Junto a él se encuentran la vida, la convivencia, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz.

La prevalencia del interés general respecto al derecho al trabajo es mayor que respecto a cualquier otro derecho. Así lo analizó la Corte Constitucional en la demanda contra el Decreto 1660.

12–. De la misma manera como se hallaba facultado el Gobierno Nacional para ordenar la desvinculación del personal necesario para la reestructuración de la entidad, se encontraba facultado para establecer un régimen especial de indemnización y bonificación para quienes resultaren desvinculados en razón de la decisión de reestructuración.

El régimen indemnizatorio y de bonificaciones consagrado pretende compensar al trabajador por una situación especialísima que determina su desvinculación, la que resulta independiente de la gestión que venía realizando cada trabajador.

13–. El trabajo, de conformidad con el artículo 25 de la Carta tiene la virtualidad de ser derecho y obligación social al mismo tiempo y resulta visto desde una doble posición. Como derecho es un atributo inherente a la persona humana, y como obligación es una consecuencia del Estado Social de Derecho.

Conforme al preámbulo, el trabajo se asegura dentro de un marco jurídico, democrático y participativo para obtener un orden político, económico y social justo. Es decir, el trabajo solamente está asegurado por el orden jurídico en la medida en que contribuya a un orden social justo.

El derecho al trabajo no puede confundirse con el derecho al empleo. Este se refiere siempre a una modalidad subordinada y dependiente de aquel. El empleo es fruto de un convenio; las normas que lo regulan tienden a asegurar que el empleador ofrezca condiciones dignas y justas a su empleado.

La relación laboral, como relación contractual que es, puede terminarse como todo contrato y cuando ella termina el trabajador queda desempleado, pero de ninguna manera se le ha conculcado su derecho al trabajo, porque de considerarse así ningún contrato de trabajo podría terminar pues su terminación inplicaría violación del derecho al trabajo.

Las previsiones laborales contenidas en el Decreto acusado son una consecuencia lógica de la reestructuración de la entidad y del cambio en la planta de personal que ella comporta.

14–. El Gobierno Nacional de manera alguna está adoptando una política laboral. Si el Constituyente hubiera querido que en el proceso de reestructuración, fusión o supresión se surtieran etapas de concertación y debate democrático, así lo hubiera manifestado.

15–. No es cierto que la Constitución establezca como "absolutamente obligatorio" o "imperativo" para el Estado el acceso de los trabajadores a la propiedad que tenga en las distintas empresas. Lo que la norma establece es el deber del Estado de promover, de acuerdo con la Ley, el acceso a la propiedad y que tratándose de la enajenación de su participación en una empresa tome las medidas conducentes para democratizar la titularidad de sus acciones mediante el ofrecimiento de condiciones especiales a sus trabajadores para acceder a dicha propiedad. El artículo 14 numeral 2o. no desconoce lo establecido en la norma constitucional y, por el contrario, le está dando desarrollo y aplicación al permitir que se establezcan sociedades anónimas en cuyo capital participen ex empleados del Instituto. Es decir, está promoviendo el acceso a la propiedad de ciertos grupos.

16–. El Decreto 2148 de 1992 tiene como causa el artículo transitorio 20. El artículo transitorio 57 contempla otra situación que no guarda relación con la reestructuración de la entidad.

17–. El Decreto acusado no excede el término de 18 meses previsto en el artículo transitorio 20, ya que las facultades que éste le otorgó al Gobierno Nacional, que son de carácter legislativo, difieren de las otorgadas a las Juntas y Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, que son de carácter administrativo y se pueden ejercer en forma permanente. Así lo expresó el Consejo de Estado en sentencia de 9 de septiembre de 1993, expediente 2309.

II.3–. El jefe de la Unidad Jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al contestar la demanda radicada bajo el expediente No. 2275, adujo, en síntesis, lo siguiente:

1–. El Decreto acusado se ajusta plenamente a la Constitución, pues dentro de las facultades que al Gobierno Nacional le otorgó el artículo transitorio 20 resulta claro que puede modificar las entidades que allí se refieren. Dicha modificación no sólo comprende la organización y funcionamiento, sino hacer más eficiente la prestación de los servicios a cargo de los entes reestructurados.

2–. Las recomendaciones de la Comisión Asesora no obligan al Gobierno Nacional.

3–. La transformación del I.S.S. es la expresión práctica de cumplir el objetivo de prestar servicios de seguridad social en favor de los trabajadores. Es la mejor garantía para renovar el sistema de seguridad social de manera que se hiciera más eficaz y cercano a las necesidades de los trabajadores beneficiarios de ese servicio público y adecuarse a los postulados del artículo 48 de la Constitución Política.

4–. No es fundado afirmar que la calidad de servidor del Estado es un derecho adquirido. De mayor interés resultaría precisar si las expectativas de grupos determinados deben prevalecer en detrimento de la necesidad, declarada por la nueva Constitución como componente principalísimo del nuevo orden institucional, de que el Estado se modernice y asuma sus funciones de manera eficiente.

5–. La existencia de servicios de seguridad social prestados por particulares se justifica en la medida que son tanto más eficientes que los prestados por el Estado, como para ser preferidos por los usuarios que acuden a ellos.

III–. CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Delegada en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación considera que asiste razón al actor en el proceso radicado bajo el expediente No. 2275, en cuanto a que las atribuciones conferidas al Gobierno Nacional en el artículo transitorio 20 no lo autorizaban para cambiar la naturaleza jurídica de la entidad.

Respecto de los restantes ataques de las demandas en los procesos acumulados advierte lo siguiente:

Conforme al artículo 3o. del Decreto acusado, dentro de las funciones asignadas al I.S.S., está la de garantizar a sus afiliados y beneficiarios la prestación de los servicios médico-asistenciales integrales, así como el pago de las prestaciones económicas, de tal manera que ha de entenderse que tales prestaciones siguen siendo las mismas que han estado a su cargo.

Lo inquietante es la previsión contenida en el artículo 15, respecto de los servicios de la salud que deja en el Consejo Directivo la reglamentación del "acceso gradual y progresivo a los distintos servicios asistenciales en proporción al número de semanas cotizadas"; y si las reglamentaciones anunciadas llegan a estar por debajo del contenido de las prestaciones legales, no cabe duda que los afiliados habrán de afrontar dificultades en la reclamación de sus derechos y las diferencias en materia prestacional tendrán que asumirlas los empleadores ya que éstos sólo se liberan de las prestaciones de sus trabajadores en la medida en que el organismo de seguridad social realmente las asuma.

IV–. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Para una mejor comprensión de la controversia sometida a consideración de la Sala, se han clasificado los cargos expuestos en los diferentes procesos así:

1–. Los relativos al cambio de naturaleza del I.S.S. a que aluden los procesos Nos. 2275, 2278, 2298 y 2327.

2–. Los referentes a la omisión de la evaluación y recomendaciones de la Comisión Asesora del Gobierno de trata el artículo transitorio 20, expresados en los procesos Nos. 2275, 2298, 2281 y 2327.

3–. Los atinentes a las disposiciones laborales contenidas en el Decreto acusado, a que se refieren los procesos Nos. 2275, 2278, 2281, 2298 y 2327.

4–. Los relacionados frente al artículo 15 del Decreto 2148 de 1992 en los procesos Nos. 2275, 2281, 2298 y 2327.

5–. Los que se relacionan con la venta de bienes del I.S.S. prevista en el artículo 14 numeral 2o. *ibídem,* de que tratan los procesos Nos. 2281 y 2327.

6–. Los relativos a la falta de consonancia del acto acusado con los mandatos de la Reforma Constitucional, referidos en los procesos Nos. 2278 y 2281.

7–. Los que tienen que ver con la prestación del servicio de salud por particulares relacionados en los procesos Nos. 2281 y 2327.

8–. Cargos que no son comunes, como los expuestos en el proceso No. 2278 por violación de los artículos 1o. a 3o. y 40 de la Constitución Política; y a los que alude el proceso No. 2327 por violación de los artículos tansitorios 20 y 57 *ibídem.*

1–. Respecto de los cargos relativos al cambio de naturaleza del I.S.S. la Sala advierte lo siguiente:

La estructura de una entidad comprende la parte orgánica y la parte funcional.

La parte orgánica está conformada por la naturaleza, objetivos, órganos de dirección y administración y las distintas dependencias o niveles.

La parte funcional, como su nombre lo indica, atañe a las funciones que se han previsto por parte de dichos órganos de dirección y administración y de las distintas dependencias para desarrollar los objetivos de la entidad.

Reestructurar, entonces, significa modificar la estructura de una entidad, y tal modificación puede recaer sobre cualesquiera de los elementos que forman parte de la misma.

La naturaleza jurídica de una entidad, como elemento integral que es de su estructura, no puede, por lo mismo, considerarse aislada o separada del todo del cual forma parte.

Así como es posible variar la composición de los órganos de dirección o administración, ampliar o reducir los objetivos, crear o suprimir dependencias, asignar o reducir funciones, es posible variar la naturaleza jurídica, sin que ello implique crear una nueva entidad.

Para que pueda hablarse de la creación de una nueva entidad habría, por lo mismo, que producir un cambio total en cada uno de los elementos que conforman la estructura, comenzando por los objetivos, que es uno de los aspectos que justifican la razón de ser de cualquier entidad.

Bajo esta perspectiva entiende la Sala que el cargo en que se sustentan los procesos 2275, 2278, 2298 y 2327 para impetrar la inconstitucionalidad del Decreto 2148 de 1992, no está llamado a prosperar, ya que el Gobierno Nacional, en virtud de las facultades atribuidas por el artículo transitorio 20 podía, como en efecto lo hizo, reestructurar el I.S.S.

2–. En lo tocante a los cargos referentes a la omisión por parte del Gobierno Nacional de tener en cuenta las recomendaciones de la Comisión Asesora, estima la Sala que tampoco tienen vocación de prosperidad, pues, como lo ha reiterado en diversos pronunciamientos, las evaluaciones y recomendaciones de dicha Comisión no podían tener carácter obligatorio para el Gobierno Nacional porque de considerarse así el proceso de reestructuración, fusión o supresión de las entidades de que trata el artículo transitorio 20, no dependería del ejercicio de una función de éste sino de aquélla. El querer del Constituyente no fue otro que el de que expertos en administración pública y derecho administrativo, en razón de sus autorizados conocimientos sobre la materia, asesoraran al Gobierno Nacional en la tarea asignada, asesoría esta que no va más allá de ilustrar, sugerir o aconsejar.

3–. En lo que concierne a los cargos expuestos frente a las disposiciones laborales contenidas en el Decreto acusado, cabe tener en cuenta lo siguiente:

Los artículos 16 a 31 del Decreto 2148 de 1992 prevén la desvinculación o supresión de cargos o empleos de funcionarios de la seguridad social y trabajadores oficiales, como consecuencia de la reestructuración del I.S.S., y en caso de no ser incorporados en la nueva planta de personal, el pago de indemnizaciones y bonificaciones.

En el capítulo II, referente a indemnizaciones, se establece el monto de las mismas según el tiempo de servicio en la entidad, y la condición en que se encuentre el titular del cargo.

En el capítulo III se consagra el pago de una bonificación para funcionarios con nombramiento provisional; en el capítulo IV se establecen incompatibilidades con las pensiones y otras indemnizaciones, así como el factor salarial para el pago de las indemnizaciones y bonificaciones.

Frente a estas disposiciones, las distintas demandas aducen el desconocimiento de derechos adquiridos contenidos en las normas de carrera administrativa, convenciones colectivas de trabajo y disposiciones laborales reguladas en el Decreto 1651 de 1977; que el monto de las indemnizaciones atenta contra el Estado Social de Derecho, es descriminatorio y desigual; no hubo concertación y se reproduce el Decreto 1660 declarado inexequible por la Corte Constitucional.

Debe precisarse, en primer término, que con la consagración del artículo transitorio 20, en virtud del cual se expidió el Decreto acusado, pretendió el Constituyente materializar, a través de las facultades de reestructuración, fusión o supresión de las entidades allí referidas, el desarrollo de los fines esenciales que al Estado le impuso la nueva Carta Política. Consecuencia de ello, y así lo ha reiterado esta Corporación en diversas providencias, es la supresión de cargos o empleos que no requieran las necesidades administrativas del Estado en la búsqueda de la eficaz prestación de los servicios públicos, y en aplicación del principio de la prevalencia del interés general sobre el particular.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional, al estudiar la demanda contra el Decreto 1660 de 1991, expresó:

> "... El Estado, en el sentir de la Corte, debe asumir la tarea de adecuar su estructura a las circunstancias que hoy le exigen eficiencia y celeridad en el cumplimiento de las múltiples responsabilidades que le competen...".
>
> "... Nada de lo dicho podría cumplirse a cabalidad sin un aparato estatal diseñado dentro de claros criterios de mérito y eficiencia, para lo cual no resulta necesario su excesivo tamaño ni un frondoso árbol burocrático, sino una planta de personal debidamente capacitada y organizada de forma tal que garantice niveles óptimos de rendimiento...".

"... Para hacerlo, el Gobierno dispone, entre otros instrumentos, de las atribuciones que le otorga el artículo transitorio 20 de la Constitución Política...".

"... De allí que, si fuere necesario que el Estado, por razones de esa índole, elimine el empleo que ejercía el trabajador inscrito en carrera, como podría acontecer con la aplicación del artículo transitorio 20 de la Carta, sería también indispensable indemnizarlo para no romper el principio de igualdad de las cargas públicas (artículo 13 C.N.) en cuanto aquel no tendría obligación de soportar el perjuicio tal como sucede con el dueño del bien expropiado por razones de utilidad pública...".

De manera pues que, en tratándose de la aplicación del artículo transitorio 20, hay licitud en la acción del Estado para suprimir cargos o empleos de quienes estén o no inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, sin perjuicio obviamente de la obligación de indemnizar a los titulares de los mismos.

Teniendo en cuenta que los Decretos expedidos con fundamento en la norma transitoria 20 tienen la misma fuerza o entidad normativa que la Ley, en razón de la materia que regulan, bien podía el Gobierno Nacional consagrar disposiciones distintas de las previtas en otras normas de igual jerarquía y con incidencia en aspectos regulados en convenciones colectivas de trabajo, y sin perjuicio de los derechos consagrados en ellas en favor de los trabajadores.

De otra parte, en lo referente al trato discriminatorio que se precida en el monto de las indemnizaciones, estima la Sala que para que pueda hablarse de igualdad habría que partirse de un idéntico supuesto de hecho, pues frente a situaciones fácticas distintas, las consecuencias jurídicas habrán de ser disímiles. En este caso, no se encuentran en la misma situación de hecho un trabajador en período de prueba frente a otro que no lo está y un trabajador que lleva determinado número de años al servicio de una entidad, frente a otro que no ha laborado el mismo tiempo.

En lo que toca a la violación del artículo 56 de la Constitución Política (cargo séptimo de la demanda radicada bajo el No. 2327), observa la Sala que del contenido de dicha norma se infiere que la concertación, a través de una comisión permanente integrada por el Gobierno Nacional y representantes de los empleadores y de los trabajadores, cuya composición y funcionamiento fue deferida a la Ley, se previó para contribuir a la solución de conflictos colectivos de trabajo en cuanto a políticas salariales y laborales se refiere.

En el evento *sub-lite,* cuando se expidió el Decreto de reestructuración del I.S.S. no existía conflicto colectivo de trabajo alguno cuyo tema de discusión hubiese sido la política salarial y laboral de la entidad, que por lo mismo, para su solución, requiriera de la intervención de una comisión para concertar sobre tales puntos.

De otra parte, el artículo transitorio 20 no prevé, como requisito previo a la reestructuración, fusión o supresión, la concertación a que alude la norma constitucional en estudio.

Finalmente, de la transcripción que se hizo de algunos apartes de la sentencia de la Corte Constitucional frente al Decreto 1660 de 1991, puede inferirse claramente que los fundamentos de hecho y de derecho que sirvieron de soporte a la expedición de dicho Decreto difieren de los que gobieran la expedición de los Decretos dictados por el Gobierno Nacional en uso de las atribuciones otorgadas en el artículo transitorio 20. Por esta razón, no es de recibo el argumento del actor en la demanda radicada bajo el No. 2327 por violación del artículo 243 de la Carta Política.

Los anteriores argumentos conducen a la Sala a desestimar los cargos referentes a las disposiciones laborales previstas en el Decreto acusado.

4–. Estatuye el artículo 15 del Decreto 2148 de 1992:

> "**De los Servicios de Salud.** Los afiliados al Instituto de Seguros Sociales tendrán derecho a un paquete integral de atención. El Consejo Directivo reglamentará el acceso gradual y progresivo a los distintos servicios asistenciales, en proporción al número de semanas cotizadas.
>
> El Consejo Directivo podrá modificar el paquete de servicios ofrecido a los afiliados del Instituto, de acuerdo con las condiciones de morbilidad y mortalidad de la población, de los avances tecnológicos y de las modalidades de prestación de los servicios.
>
> Los afiliados del Instituto de Seguros Sociales deberán pagar una cuota de contribución o franquicia por los servicios asistenciales de salud utilizados. El monto de las franquicias para los diferentes servicios será establecido por el Consejo Directivo del Instituto teniendo en cuenta la clasificación socio-económica del afiliado y el número de semanas cotizadas".

A la disposición transcrita se le endilga en las demandas Nos. 2275, 2281, 2298 y 2327, la violación del preámbulo y de los artículos 1o., 2o., 42, 44, 46, 48, 49, 58 y transitorio 20 de la Constitución Política. Al respecto tiene en cuenta la Sala lo siguiente:

a). El Decreto acusado, como se ha reiterado en muchas oportunidades, tiene la misma fuerza o entidad normativa que la Ley. En tal carácter podía establecer la forma de prestación del servicio de salud, máxime si el objeto del I.S.S., conforme se lee en el texto del artículo 2o. *ibídem*, es dirigir, administrar, controlar, vigilar y garantizar la prestación de los servicios de seguridad social. Por ello, no resulta ajena a la reestructuración la introducción de normas relativas a la modalidad de la prestación de los servicios médico-asistenciales en la forma regulada en el artículo 15.

b). Si bien es cierto el artículo 15 acusado se refiere a los "afiliados", no por ello se entiende que han sido excluidos los "beneficiarios", pues el artículo 3o. del mismo Decreto 2148 de 1992 es claro en señalar como funciones del I.S.S. la de garantizar a sus afiliados y **beneficiarios** la prestación de los servicios médico-asistenciales integrales **que por Ley les corresponde,** mediante acciones de prevención, curación y rehabilitación y garantizar a sus afiliados y beneficiarios el pago de las prestaciones económicas a cargo del Instituto, **de acuerdo con las normas legales vigentes.**

Por lo demás, es sabido que con la expedición de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, se previó un Plan de Salud Obligatorio que las Empresas Promotoras de Salud, dentro de las cuales está el I.S.S., tienen que prestar no sólo a los afiliados sino que es de cobertura familiar (artículo 163), de cuya obligación no puede sustraerse el Instituto, por mandato expreso del artículo 3o. citado.

c). Es la propia Carta Política la que en su artículo 48 inciso 3o. prevé que pueda ampliarse progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. Luego, si las condiciones de mortalidad de la población, de los avances tecnológicos y de las modalidades de la prestación de los servicios varían, no resulta inconstitucional la previsión de la posibilidad de ampliar los servicios que inicialmente presta el Instituto.

d). Del contenido de las normas constitucionales que se invocan como transgredidas no se infiere la prohibición del acceso progresivo a los servicios de salud, de acuerdo con el número de semanas cotizadas y que se pueda pagar una cuota o contribución por los servicios asistenciales de salud utilizados.

Los artículos 48 y 49 de la Carta difirieron en la Ley la reglamentación de los principios a los cuales debía sujetarse la seguridad social y la atención de la salud, y en este sentido la Ley 100 de 1993 "por la cual se crea el sistema de seguridad social integral", contiene algunas previsiones similares a las que consagra el artículo 15 en estudio, como es el caso del artículo 164 que prevé el acceso a la prestación de algunos servicios que, por su alto costo, requieren determinado número de semanas de afiliación y un pago por parte del usuario, establecido de acuerdo con su capacidad socioeconómica.

Por las anteriores razones, no están llamados a prosperar los cargos relacionados con el artículo 15 del Decreto 2148 de 1992.

5–. Preceptúa el artículo 14 numeral 2o. del Decreto 2148 de 1992:

> "El Instituto podrá disponer de los activos de su propiedad, mediante la autorización que para tal fin otorgue el Consejo Directivo de la Entidad. El proceso de venta y enajenación de activos del Instituto se hará mediante oferta pública, la cual se pondrá en conocimiento de funcionarios y ex funcionarios de la entidad, quienes podrán igualar la mejor oferta, en cuyo caso tendrán derecho

de preferencia en la adjudicación. El procedimiento de venta y enajenación se regirá por las normas del derecho privado".

En el tercer cargo de la demanda, radicada bajo el expediente No. 2281, se endilga a esta norma la violación del artículo 1o. de la Constitución Política. En el cargo noveno de la demanda, radicaba bajo el expediente No. 2327, se le imputa la transgresión del artículo 60 *ibídem.*

Considera la Sala que los cargos no están llamados a prosperar ya que la propia Constitución Política, en su artículo 150 numeral 9o., faculta al Congreso para conceder autorizaciones al Gobierno para enajenar bienes nacionales. Teniendo el Decreto acusado, como ya se dijo, la misma fuerza o entidad normativa que la Ley, podía disponer, previa autorización del Consejo Directivo, la enajenación de bienes, los cuales tienen el carácter de fiscales, sin que ello de ninguna manera vulnere el artículo 1o. de la Carta.

De otra parte, en el evento *sub-lite* no se quebranta el artículo 60 de la Constitución dado que los supuestos fácticos de esta norma no son predicables de la disposición acusada. En efecto, en este caso ni los bienes del Instituto están representados en acciones ni éste tenía antes de la reestructuración la calidad de sociedad sino de establecimiento público del orden nacional.

6–. Según se aduce en el cargo primero de la demanda, radicada bajo el expediente No. 2278, no era necesario el cambio de naturaleza jurídica del I.S.S. pues la Constitución mantiene la figura de los establecimientos públicos y no modificó los recursos y competencias de dicha entidad, además que la modernización y la búsqueda de eficacia no era una finalidad de la norma transitoria.

En el primer cargo de la demanda No. 2281 se argumenta que el fin de la consonancia con los mandatos de la Reforma Constitucional no se cumple con el Decreto acusado pues este constituye un retroceso.

Sobre el particular cabe advertir:

a). Asiste razón al apoderado del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social cuando afirma que la Carta Política no supedita la transformación de las entidades que menciona en el artículo transitorio 20 a la previa desaparición dentro de la nomenclatura constitucional de la figura utilizada por el ente que se transforma. Es decir, para que un establecimiento público cuya calidad ostentaba el I.S.S. pudiera, en virtud de la reestructuración, convertirse en Empresa Industrial y Comercial del Estado, el artículo transitorio 20 no limitó tal atribución al desaparecimiento previo de los establecimientos públicos.

b). De otra parte, si bien es cierto el Constituyente buscaba poner en consonancia las entidades con los mandatos de la Reforma Constitucional, haciendo especial énfasis

en la redistribución de competencias y recursos que ella establece, de manera alguna significa que las atribuciones contenidas en la norma transitoria se circunscribieran a este último aspecto, pues la Reforma Constitucional incluyó innovaciones que ameritan su adecuación a través de la reestructuración, fusión o supresión, como es el caso de los principios que informan la actuación administrativa, principios estos que aun cuando el actor en la demanda 2278 pretende subestimar, constituyen una de las finalidades de la norma transitoria, pues en la medida en que la función administrativa se gobierne por aquéllos, podrán satisfacerse los fines esenciales del Estado.

c). Aun cuando el cargo que se endilga en la demanda radicada bajo el expediente No. 2281 es una apreciación subjetiva del actor, observa la Sala que del objeto y funciones del I.S.S., de las funciones de sus órganos de dirección y de los mecanismos que prevé el Decreto acusado para la prestación de los servicios médico-asistenciales, no se infiere que éste constituya un retroceso y que, por lo mismo, no esté en consonancia con los mandatos de la Carta Política.

No prosperan, pues, los cargos en estudio.

7–. El artículo 12 del Decreto cuestionado prevé que el Instituto de Seguros Sociales, para efectos de la prestación de los servicios médico-asistenciales, pueda: suscribir contratos con entidades públicas o privadas especializadas en servicios de salud, de acuerdo con la Ley; fomentar la creación de instituciones, asociaciones o sociedades especializadas en servicios de salud, en aquellos sitos donde no exista una oferta de servicios asistenciales; o, excepcionalmente, en caso de no darse los eventos anteriores y mientras subsistan deficiencias en la oferta de servicios asistenciales, prestarlos directamente el Instituto o a través de sistemas de fiducia o cualquier otro mecanismo que **garantice la eficiencia y oportunidad de los servicios.**

A esta norma se le atribuye en las demandas radicadas bajo los expedientes Nos. 2281 y 2327 la violación de los artículos 48, 49, 365 y 366 de la Constitución Política.

Estima la Sala que no tienen vocación de prosperidad los cargos ya que el artículo 365 de la Constitución Política es diáfano en permitir que los servicios públicos puedan ser prestados por el Estado, directa o **indirectamente**, por comunidades o por particulares, debiendo mantener aquél la regulación, control y vigilancia de dichos servicios.

En armonía con esta disposición, el artículo 355 *ibídem* autoriza la celebaración de 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 de desarrollo a que alude el artículo 339 *ibídem.*

El artículo 2o. del Decreto acusado consagra como objeto del I.S.S. dirigir, controlar, administrar, vigilar y garantizar la prestación de los servicios de seguridad social.

Lo anterior conduce a la Sala a afirmar que se cumplen los presupuestos del artículo 365 de la Constitución Política y, por lo mismo, no se dan las transgresiones a que se refieren los demandantes en los cargos bajo análisis.

8–. Dentro de los cargos que se clasifican *ab initio* como no comunes se encuentran los siguientes:

a): La violación del preámbulo y de los artículos 1o. a 3o. y 40 de la Carta (cargo noveno de la demanda No. 2278), porque el Gobierno Nacional evadió la participación democrática.

b): El quebranto del artículo transitorio 57 en concordancia con el 150 numeral 23 de la Carta (cargo décimo primero de la demanda 2327), porque el Decreto acusado introduce normas sobre seguridad social que sólo podían expedirse integrándose la Comisión a que alude la primera norma citada.

c): La violación del artículo transitorio 20 por exceso en el término de 18 meses en él previsto, a que alude el cargo décimo tercero de la demanda No. 2327.

En lo concerniente al cargo contenido en el literal a), no está llamado a prosperar, toda vez que cuando el Constituyente facultó al Gobierno Nacional en el artículo transitorio 20 para reestructurar, fusionar o suprimir las entidades que en él se mencionan, solamente previó que una comisión de expertos en administración pública y derecho administrativo, cuya conformación indicó expresamente, asesorara, ilustrara, aconsejara e hiciera recomendaciones al Gobierno en la tarea asignada, mas no supeditó el ejercicio de tales atribuciones a la participación democrática para la adopción de las decisiones. Por ello, el Decreto expedido con fundamento en dicha norma constitucional, se ciñó a las autorizaciones otorgadas y por lo mismo no vulneró las normas constitucionales que reclama el demandante.

d): Estima la Sala que tampoco tiene vocación de prosperidad el cargo de violación del artículo transitorio 57, en armonía con el artículo 150 numeral 23 de la Carta, pues el Decreto acusado no contiene la propuesta que desarrolla las normas de seguridad social que corresponde al Gobierno Nacional presentar al Congreso. Por ello, no puede endilgársele la ausencia de integración de la comisión a que se refiere la norma transitoria.

El hecho de consagrar el Decreto acusado objetivos y funciones e indicar la manera como habrá de prestar los servicios médico-asistenciales, no constituye el desarrollo de normas sobre seguridad social.

e): Esta Corporación en diversos pronunciamientos, entre ellos en sentencia de 9 de septiembre de 1993, expediente No. 2309, precisó, y ahora lo reitera, que del contenido de los artículos 150 numeral 7o. y 189 numerales 15 y 16 de la Constitución Política, se deduce que la facultad que le dio el artículo transitorio 20 al Gobierno Nacional para que fuera ejercida dentro del término de 18 meses, contado a partir de la entrada en vigencia de aquélla, sin duda alguna tiene carácter legislativo, pues teniendo en cuenta que para la época de expedición de la Carta el Congreso se encontraba en receso en virtud de la revocatoria de su mandato, no podía el Gobierno hacer uso de las atribuciones constitucionales contenidas en el artículo 189 numerales 15 y 16, de carácter administrativo, que le exigían obrar de conformidad o con sujeción a la Ley.

Estando demostrada la naturaleza legislativa de la función excepcional transitoria de la que la Carta revistió al Gobierno Nacional, no puede considerarse que el término, en este caso de 18 meses, para que el Consejo Directivo del I.S.S. adecue la estructura interna y la planta de personal a las decisiones adoptadas, constituya una prórroga del plazo previsto en la norma transitoria, pues según las voces del Decreto 1050 de 1968, en su artículo 26 literal b. y 1042 de 1978, en su artículo 74, las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado tienen dicha función administrativa de manera permanente y para su ejercicio no requieren de la fijación de término alguno.

Por esta razón no prospera el cargo.

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

FALLA:

1o): DENIEGANSE las pretensiones de las demandas radicadas bajo los expedientes Nos. 2275, 2278, 2281, 2298 y 2327.

2o): DEVUELVANSE a los actores las sumas de dinero depositadas para gastos de los procesos, que no fueron utilizadas.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Miguel González Rodríguez, José Ignacio Narváez García,* Conjuez (ausente), *Pedro Alejo Gómez Vila,* Conjuez.

NACION/ENTIDADES DEL SECTOR AGROPECUARIO/CESE DE PARTICIPACION ACCIONARIA/ENAJENACION/PARTICIPACION ACCIONARIA-Inexistencia/CENTRAL DE ABASTOS

Si el acto acusado simplemente autoriza a la Nación y a las entidades del sector agropecuario del orden nacional para dejar de participar en las Corporaciones o Centrales de Abastos, de conformidad con las normas legales y estatutarias correspondientes, tal autorización no constituye el acto de reglamentación de tal enajenación de la participación accionaria de dichas entidades, respecto del cual sólo sería posible predicar la violación del artículo 60 de la Carta Política, en la medida en que en él no se tengan o hayan tenido en cuenta sus mandatos. Es decir, como quiera que el acto acusado no regula los mecanismos de enajenación de la participación accionaria del Estado en las Corporaciones o Centrales de Abastos, ni constituye el acto de enajenación de dicha participación, resulta imposible predicar que el mismo quebrante la indicada norma constitucional.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2641. Actor: Luis Carlos Sotelo Cortés.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada por el ciudadano Luis Carlos Sotelo Cortés en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A.,

tendiente a que se declare la nulidad de la expresión "De conformidad con las normas estatutarias y legales correspondientes...", contenida en el artículo 1o. del Decreto 2140 de 30 de diciembre de 1992, "por el cual se reestructuran las Corporaciones o Centrales de Abastos", expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

I-. ANTECEDENTES

a. Los hechos de la demanda

Ellos simplemente hacen referencia a la norma constitucional invocada por el señor Presidente de la República para expedir el Decreto acusado, a su texto y al hecho de su publicación en el Diario Oficial (fl. 69).

b. Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El actor considera en su demanda que la expresión cuya declaratoria de nulidad solicita, viola el artículo 60 de la Carta Política, ya que esta norma señala que la enajenación de la participación del Estado en una empresa no se sujeta a los preceptos estatutarios y legales actualmente en vigencia, sino que la misma debe hacerse procurando la democratización de la titularidad de las acciones objeto de enajenación, para lo cual el Estado debe ofrecer a sus trabajadores y a las organizaciones solidarias y de trabajadores condiciones especiales para acceder a dicha propiedad.

De otra parte, al disponer el acto acusado que la Nación y las entidades del sector agropecuario dejarán de participar en las Corporaciones o Centrales de Abastos de conformidad con las normas estatutarias y legales correspondientes, "... está sujetando esa desvinculación a lo previsto en el artículo 18 del Decreto 130 de 1976, el cual está en contradicción con lo preceptuado en el artículo 60 de la Constitución Nacional" (fls. 2 a 3).

c. Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión, la parte demandada expresa, en síntesis, que en ningún momento el artículo 1o. del acto acusado ordena explícita o implícitamente dar aplicación al artículo 18 del Decreto 130 de 1976, por cuanto al materializarse la desvinculación de la participación accionaria de las entidades del sector agropecuario en las Corporaciones o Centrales de Abastos, las cuales funcionan como sociedades de economía mixta del orden nacional, bajo la modalidad de sociedades anónimas, deberán tenerse en cuenta las normas legales y estatutarias correspondientes, es decir, aquella reglamentación legal que se expida para dar vida práctica a los postulados del artículo 60 de la Constitución Política, lo cual no se ha producido (fls. 95 a 102 y 117 a 120).

d. La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., al proceso de le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 14 de octubre de 1993 se dispuso la admisión de la demanda y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional de los efectos de la expresión acusada (fls. 76 a 81).

Mediante proveído de 11 de febrero de 1994 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron y/o denegaron las solicitadas por las partes (fls. 109 a 110).

Por auto de 8 de abril de 1994 se dispuso correr traslado a las partes y a la señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación para que formulasen sus alegatos de conclusión (fl. 112). La parte demandada y el Ministerio Público presentaron los alegatos que obran a folios 117 a 124.

II-. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto, la señora Procuradora Segunda Delegada considera que las peticiones de la demanda no están llamadas a prosperar, con fundamento en las razones que se resumen a continuación (fls. 121 a 124):

Al señalarse en el artículo 1o. del Decreto 2140 de 1992 que el cese de la participación de la Nación y de las entidades del sector agropecuario en las Corporaciones o Centrales de Abastos, se hará de conformidad con las normas estatutarias y legales correspondientes, ello conduce "... a remitirse a una normatividad preexistente a la Constitución Nacional de 1991 o a la reglamentación de ésta. Si lo primero, es válida su aplicación y, si lo segundo, con mayor razón. Y no hay, entonces, contradicción insuperable, si se tiene en cuenta que el actor no señala como quebrantada ninguna Ley reglamentaria del artículo 60 de la Carta, sino una norma preexistente, el Decreto 130 de 1976". En un sentido similar al expuesto se pronunció la Corte Constitucional en sentencia de 21 de enero de 1993, recaída en el proceso número D-091.

De la lectura del acto demandado se concluye que la real decisión del Gobierno fue la de suprimir las Corporaciones o Centrales de Abastos de la nómina de organismos estatales, para lo cual se encontraba autorizado, de acuerdo con lo previsto en el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

De todas formas, "... no se ve de qué manera, por la sola expedición del Decreto se esté vulnerando lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Nacional. Hasta el momento sólo existe el temor del demandante de que en la ejecución de la decisión administrativa se desconozca dicho mandato".

III–. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como marco de referencia para el correspondiente análisis, a continuación se transcriben los artículos 1o. del Decreto 2140 de 1992, contentivo de la expresión "De conformidad con las normas estatutarias y legales correspondientes...", cuya declaratoria de nulidad se solicita, y el artículo 60 de la Constitución Política, que se estima quebrantado por parte de aquella.

1o.– Decreto 2140 de 1992:

"Artículo 1o. **Cese de participación.–** De conformidad con las normas estatutarias y legales correspondientes, la Nación y las entidades del sector agropecuario del orden nacional dejarán de participar en las Corporaciones o Centrales de Abastos, dentro de un plazo no mayor de un (1) año, contado a partir de la vigencia del presente Decreto".

2o.–Constitución Política:

"Artículo 60.– El Estado promoverá, de acuerdo con la Ley, el acceso a la propiedad.

"Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La Ley reglamentará la materia".

Luego del correspondiente estudio, la Sala considera que el cargo formulado carece de vocación de prosperidad, por la sencilla razón de que si el acto acusado simplemente autoriza a la Nación y a las entidades del sector agropecuario del orden nacional para dejar de participar en las Corporaciones o Centrales de Abastos, de conformidad con las normas legales y estatutarias correspondientes, tal autorización no constituye el acto de reglamentación de tal enajenación de la participación accionaria de dichas entidades, respecto del cual sólo sería posible predicar la violación del artículo 60 de la Carta Política, en la medida en que en él no se tengan o hayan tenido en cuenta sus mandatos. Es decir, como quiera que el acto acusado no regula los mecanismos de enajenación de la participación accionaria del Estado en las Corporaciones o Centrales de Abastos, ni constituye el acto de enajenación de dicha participación, resulta imposible predicar que el mismo quebrante la indicada norma constitucional.

Cabe agregar que esta Sala, al pronunciarse recientemente sobre la constitucionalidad del Decreto 2139 de 30 de diciembre de 1992, "por el cual se reestructura la Empreas Colombiana de Productos Veterinarios S.A. –VECOL–", expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo transitorio 20 de la Carta Política, y en el cual se formuló un cargo similar al formulado en este proceso, expresó lo siguiente:

"En cuanto a las censuras de violación que se endilgan del artículo 60 de la Carta que prevé que cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones y ofrecerá a sus trabajadores y a las organizaciones solidarias y de trabajadores condiciones especiales para que accedan a dicha propiedad accionaria, referidas en los cargos 5o. del expediente No. 2426 y 2o. del expediente No. 2458, estima la Sala que no están llamadas a prosperar toda vez que el citado artículo 60 no ha sido transgredido, habida cuenta que la decisión de dejar de participar en una sociedad de economía mixta, si bien es cierto que puede conllevar a la enajenación de las acciones, este es un acto posterior de ejecución de aquella, y sólo respecto de él es posible reclamar el ofrecimiento a los trabajadores para que puedan acceder a la propiedad accionaria, según las prescripciones legales" (Sentencia de 24 de marzo de 1994. Consejero ponente: doctor Miguel González Rodríguez. Actores: Marco Antonio Castro Quintero e Hilda Marina Quiroz Puentes. Expedientes acumulados Nos. 2426 y 2458).

En consecuencia, de acuerdo con las anteriores consideraciones, no prospera el cargo planteado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.– DENIEGANSE las súplicas de la demanda promovida por el ciudadano Luis Carlos Sotelo Cortés.

SEGUNDO.– Reconócese personería a la doctora María del Carmen Arias Garzón, como apoderada de la Nación –Ministerio de Agricultura–, conforme al poder que obra a folio 113.

TERCERO.– Devuélvase la suma depositada para gastos del proceso o su remanente.

CUARTO.– En firme esta sentencia, comuníquese a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Agricultura, quienes, junto con el señor Presidente de la República, firmaron el Decreto demandado y archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha once (11) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS MUNICIPAL/ALCALDE–Funciones/CONCEJO MUNICIPAL–Funciones/SUSPENSION PROVISIONAL

El proyecto de presupuesto aprobado por el Concejo fue recibido en la alcaldía, para su respectiva sanción, el 27 de diciembre del mismo año. Ahora bien, teniendo en cuenta que la Ley no establece un término preciso y perentorio para que el Concejo envíe al Alcalde los proyectos de acuerdo por él aprobados, la demora en hacerlo podría implicar una falta disciplinaria por parte del responsable de dicho envío si se probare su negligencia y, más aún, si esa demora tuviera por finalidad impedir al Alcalde objetar el proyecto ante la inminente iniciación del período fiscal, pero no le permite a éste último desconocer que el proyecto por él enviado al Concejo había surtido el trámite legal y había sido aprobado en último debate el 10 de diciembre de 1993. Conforme a los artículos 313-5 de la Constitución Política, 92 ordinal 5o. y 113 del Decreto 1333 de 1986, al Concejo Municipal le corresponde expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del municipio, con base en el proyecto presentado por el Alcalde, y éste último dispone del término de cinco días para devolver con objeciones un proyecto que no conste de más de veinte artículos, y de ocho días cuando el proyecto pase de ese número de artículos. Además, "si el Alcalde, una vez transcurridos los términos indicados, no hubiere devuelto el proyecto objetado, deberá sancionarlo y promulgarlo" y "si el Concejo se pusiere en receso dentro de estos términos, el Alcalde está en la obligación de publicar el proyecto sancionado u objetado, dentro de los seis días siguientes a aquél en que el Concejo haya cerrado sus sesiones". De otra parte, si bien es cierto que la atribución conferida a los concejos por el numeral 5 del artículo 313 de la Constitución debe ejercerse conforme a la Ley, esta última, a través de artículo 51 de la Ley 38 de 1989, aplicable a los municipios por

mandato del artículo 94 de la misma Ley y el cual recoge el artículo 79 del Acuerdo No. 036 de 1990, regula una situación en la cual el Alcalde puede repetir el presupuesto anterior cuando el proyecto ha sido presentado a tiempo pero no ha sido aprobado oportunamente por la corporación correspondiente, del acto acusado resulta que en el caso *sub-júdice* no se presentó tal situación, por lo que eran de obligatorio cumplimiento los principios establecidos en las citadas disposiciones constitucionales, legales y municipales. DECRETARSE LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos jurídicos del Decreto 0660 de 24 de diciembre de 1993, expedido por el Alcalde del Municipio de Cúcuta.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2892. Actor: Carlos Luis Dávila Rosas.

Procede la Sección Primera a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto admisorio de la demanda proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 21 de febrero de 1994, en cuanto en el numeral 2 de su parte resolutiva denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del Decreto No. 0660 de 24 de diciembre de 1993, "por el cual se adopta y liquida el Presupuesto de Rentas e Ingresos y Gastos del Municipio de San José de Cúcuta para la vigencia fiscal de 1994", expedido por el Alcalde de dicho municipio y cuya declaratoria de nulidad se demanda en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A.

I–. LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En su demanda, la parte actora solicitó al Tribunal de origen se decretase la medida de suspensión provisional del acto acusado, con fundamento en las razones que se resumen a continuación (fls. 18 a 26 cuaderno principal):

1o.– Violación de los artículos 313 numeral 5 de la Constitución Política y 92 ordinal 5o. del Decreto 1333 de 1986, pues mientras que estas normas atribuyen a los concejos la función de expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del municipio, el Alcalde de Cúcuta, aduciendo que el Concejo no le había enviado para sanción el Proyecto de Acuerdo antes del 25 de diciembre de 1993, adoptó un presupuesto que no corresonde al Proyecto por él presentado al Concejo, cuando en realidad dicha Corporación "... había aprobado y expedido el Acuerdo sobre dicha materia en las

sesiones de noviembre y su prórroga de 10 días de diciembre...", de lo cual se notificó dicho funcionario mediante oficio de 21 de diciembre del citado año, dirigida al presidente del Concejo, y a través del oficio que éste último le remitiera el 24 de diciembre.

2o.– Violación de los artículos 111 del Decreto 1333 de 1986 y 76 del Acuerdo 036 de 1990, "por el cual se dicta el Estatuto Fiscal del Municipio de San José de Cúcuta", los cuales disponen que aprobado en tercer debate una acuerdo se pasará al Alcalde para su sanción y que el Concejo Municipal aprobará y expedirá el Acuerdo de Presupuesto de la Administración central dentro de las sesiones de noviembre y la prórroga de 10 días de diciembre, por cuanto dicho acuerdo fue tramitado, aprobado y expedido dentro del mencionado término, como se prueba con los oficios referenciados en el ordinal precedente, y con la remisión que del mismo hizo el secretario del Concejo el 23 de diciembre de 1993 y el oficio de 6 de enero de 1994, contentivo de las objeciones de inconstitucionalidad e ilegalidad formuladas por el Alcalde. Además, en el acto acusado "... se interpreta el término expedir como 'cursar, tramitar, remitir o despachar', pero toma sólo las últimas acepciones para decir que es enviar cuando las últimas acepciones son del derecho comercial" (sic). Debe tenerse en cuenta que la aprobación de un acuerdo es el asentimiento de la mayoría de los concejales al texto del mismo y su expedición hace referencia al procedimiento y pasos que deben seguirse en el Concejo Municipal para tramitar la iniciativa hasta el final.

3o.– Violación de los artículos 348 y 353 de la Constitución, 43 de la Ley 38 de 1989 y 78 del Acuerdo 036 de 1990, los cuales norman que en caso de que el Concejo Municipal no hubiere expedido el Acuerdo de Presupuesto dentro del término de sesiones de noviembre y su prórroga de 10 días de diciembre regirá el proyecto presentado por el Alcalde, pues el presupuesto que contiene el Decreto acusado es otro, con una estructura de rentas y gastos diferentes.

Efectivamente, el proyecto presentado por el Alcalde tiene las siguientes características:

"1o.)	0010201	Tasas y derechos	202.858.160
	0010202	Multas	79.118.117
	0010207	Otros ingresos no tributarios	29.000.000

"2o.) Aparecen nuevas dependencias como SECRETARIA DE TRANSPORTES Y MANTENIMIENTO, SECRETARIA DE DESARROLLO SOCIAL Y SECRETARIA DE DESARROLLO FRONTERIZO.

"3o.) No aparecen las siguientes dependencias: Tesorería Municipal, Secretaría de Obras Municipal, Departamento Administrativo de Control Urbano,

Departamento Administrativo de Tránsito, Secretaría de Desarrollo de la Comunidad, Centro Cultural Municipal y Dirección Jurídica.

"En cambio en el Decreto 660 de 1993 encontramos lo siguiente"

"1o.)	0010201	Tasas y derechos	172.858.160
	0010202	Multas	41.118.117
	0010207	Otros ingresos no tributarios	97.000.000

"2o.) No aparecen las siguientes dependencias que sí venían en el proyecto del Alcalde: Secretaría de Transportes y Mantenimiento, Secretaría de Desarrollo Social y Secretaría de Desarrollo Fronterizo.

"3o.) Aparecen las siguientes dependencias que no venían en el proyecto presentado al Concejo por el Alcalde: Tesorería Municipal, Secretaría de Obras Municipal, Departamento Administrativo de Control Urbano, Departamento Administrativo de Tránsito, Secretaría de Desarrollo de la la Comunidad, Centro Cultural Municipal y Dirección Jurídica".

4o.– Violación de los artículos 89 y 91 del Acuerdo 036 de 1990, que tratan sobre el "Decreto de Liquidación del Presupuesto" y de la "Liquidación sin Acuerdo del Concejo", respectivamente, pues a pesar de que el segundo de ellos está fuera de contexto en el Código Fiscal, el primero de los mencionados pauta la manera de liquidar el presupuesto y supone que hay un proyecto presentado por el Alcalde, al cual se le añade lo que modifica el Concejo Municipal. Es decir, no puede suponerse que haya Decreto de liquidación sin tener a la mano los dos proyectos de presupuesto: el presentado por el Alcalde y el aprobado por el Concejo. Por consiguiente, si no existió acuerdo de presupuesto aprobado por el Concejo, como se asume en el acto acusado, el Decreto de su liquidación debería ser el mismo proyecto de presupuesto presentado por el Alcalde a consideración del Concejo, lo cual no ocurrió así.

5o.– Violación de los artículos 339, 346, 352 y 353 de la Constitución, 5o., 23 y 24 de la Ley 38 de 1989 y 51 del Acuerdo 036 de 1990, que tratan sobre Planes y Programas de Desarrollo Económico y Social y de Obras Públicas, Plan General de Inversiones Públicas Plurianual y Plan Operativo de Inversiones, toda vez que en el Municipio de Cúcuta no existe ninguno de dichos planes, como se demuestra con la constancia expedida el 11 de enero de 1994 por el director del Departamento Administrativo de Planeación Municipal, que se anexa, en la cual se expresa que "... se encuentra en proceso de revisión el Plan de Inversiones Plurianual, como componente del Plan de Desarrollo de Cúcuta, con el objeto de presentarse para su respectiva aprobación al Honorable Concejo Municipal". En consecuencia, "... si no hay PLAN DE INVERSIONES PLURIANUAL aprobado por el Concejo Municipal no puede haber Plan Operativo Anual de Inversión por cuanto éste se extracta de aquél, luego

la inversión incluida en el Decreto 660 de 1993 es ilegal y vicia, a su vez, de ilegal el citado Decreto".

6o.– Violación del artículo 15 de la Ley 53 de 1990, pues "sin haber Plan de Desarrollo en el Municipio de Cúcuta y mucho menos PLAN DE INVERSIONES PLURIANUAL, se aprobó mediante Acuerdo 053 de 1993 un plan de inversiones para 1994, incluyendo la inversión forzosa del I.V.A. Sin embargo, como lo manifiesta en su oficio de noviembre 10 de 1993 el director de Planeación Municipal, oficio que se acompaña al Proyecto de Presupuesto presentado por el Alcalde el 10 de noviembre de 1993, el Consejo de Gobierno Municipal, en su sesión del 11 de octubre de 1993, le hizo modificaciones al Acuerdo 053 de 1993; estas modificaciones fueron incluidas en el Proyecto de Acuerdo de Presupuesto presentado por el Alcalde al Concejo el 10 de noviembre de 1993 y también fueron incluidas esas modificaciones en el Decreto 660 de 1993, por el cual se adoptó el presupuesto para 1994, luego ese Decreto es ilegal ya que las modificaciones a un Acuerdo no pueden hacerse sino mediante otro acuerdo y no por Decreto del Alcalde. Y para el caso específico el artículo 15 de la Ley 53 de 1990 le atribuye esa competencia al Concejo Municipal".

II–. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Tribunal de origen denegó la solicitud de la medida precautelativa impetrada, con fundamento en las razones que se resumen a continuación (fls. 384 a 386 cuaderno principal):

A pesar de que para sustentar la solicitud de suspensión provisional se reproduce textualmente el capítulo de disposiciones violadas y concepto de violación de la demanda, se procede al estudio de las acusaciones formuladas por el actor, no sin antes precisar que el hecho de invocarse como transgredidas alrededor de 19 disposiciones constitucionales, legales y municipales, por sí solo es indicativo de que el asunto es un tanto complejo como para colegir *ab initio* que, efectivamente, todas estas se infringieron en forma flagrante.

Si bien el artículo 313 numeral 5 de la Constitución, en concordancia con el artículo 92 ordinal 5o. del Decreto 1333 de 1986, atribuye al Concejo la expedición anual del Presupuesto de Rentas y Gastos, el artículo 78 del Acuerdo 036 de 1990, que se indica como infringido, contempla la facultad especial del Alcalde, en caso de que el cabildo no lo expida antes de la media noche del diez de diciembre del respectivo año. Pese a que en dicho supuesto radica el centro de la controversia, hay aspectos que no tienen respuesta satisfactoria en los documentos allegados al expediente, por ejemplo, si el oficio del presidente del Concejo, de fecha 24 de diciembre de 1993, se recibió en la alcaldía antes o después de expedirse el Decreto acusado. Por ello no es fundado predicar la violación manifiesta de las citadas normas. Además, para establecer si el acuerdo del presupuesto se expidió oportunamente, como se alega, se requiere de más

elementos de convicción que aún no obran en el proceso, como son los actos contentivos de los debates reglamentarios.

De otra parte, es en extremo difícil predicar el choque ostensible del acto acusado con los artículos 111 del Decreto 1333 de 1986 y 76 del Acuerdo 036 de 1990, como quiera que para llegar a ciertas conclusiones en las que pretende fundamentar la medida, el actor "... debe llegar hasta diferenciar lo que es la aprobación y expedición de un acto, y algo más, admite que el verbo expedir tiene varios significados dentro de los cuales hay unos que dicen relación sólo con el derecho comercial...".

En el mismo sentido expresado, no es posible concluir sobre la flagrante violación de los artículos 353 de la Carta Política y 94 de la Ley 38 de 1989, o por lo menos directamente no se llega a tal conclusión. Lo mismo cabe predicarse en relación con los artículos 348 de la misma Carta y 43 del Estatuto Orgánico del Presupuesto de la Nación, dado que su desconocimiento no resulta ostensible y, en últimas, para así definirlo, se requiere examinar con algún detenimiento si la aplicación de dichas normas al orden municipal resulta pertinente.

Ahora bien, "en orden a deducir la infracción de los artículos 339, 346, 352 y 353 de la Constitución Nacional, de los artículos 5o., 23 y 24 de la Ley 38 de 1989, del artículo 15 de la Ley 53 de 1990 y del artículo 51 del Acuerdo 036 de 1990, el peticionario de la medida debió abordar una serie de temas como el Plan de Desarrollo Económico y Social, Plan General y Plurianual de Inversiones de Obras Públicas y el Plan Operativo Anual de Inversiones, para llegar a afirmar su inexistencia en el Municipio de Cúcuta y demostrar de contera la ilegalidad del Decreto 660 de 1993, que, incluso, dice modificó el acuerdo del plan de inversiones con recursos del IVA, que es el No. 053 de 1993, acto éste que no fue traído al expediente, lo que, aunado a las disquisiciones que debió hacer el demandante, no permite predicar a ciencia cierta y de un solo golpe de vista que el Decreto tantas veces mencionado se opone manifiestamente a las normas a las que en criterio del actor debió supeditarse".

III–. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Ellos son, en síntesis, los siguientes (fls. 389 a 392 cuaderno principal):

1o.– El hecho de que en la solicitud de suspensión provisional se alegue la violación flagrante de las mismas normas invocadas en la demanda no inhibe al Tribunal de su obligación de analizar "... una por una las normas citadas para que si se encuentra una sola como violada ostensiblemente...", se decrete la medida.

2o.– El artículo 78 del Acuerdo 036 de 1990 no faculta al Alcalde para adoptar el presupuesto sino para liquidarlo.

3o.– Carece de importancia el establecer si el oficio dirigido por el presidente del Concejo al Alcalde el 24 de diciembre de 1993 se recibió antes o después de haberse expedido el Decreto acusado, pues "lo que se alega es que el Concejo Municipal no tiene fecha límite para enviar el Acuerdo de Presupuesto a la sanción del Alcalde; se entiende que debe ser como límite el 31 de diciembre por cuanto la vigencia fiscal comienza el 1o. de enero; por tanto, lo importante es comprobar que se adoptó un presupuesto antes de llegar a esa fecha límite y ahí está la razón de la violación de las normas citadas que atribuyen la competencia de expedir el presupuesto a los Concejos Municipales y no al Alcalde".

4o.– Para apreciar si el presupuesto se aprobó o no se aprobó, no son indispensables las actas de las sesiones donde se surtieron los tres debates, "... ya que se aportó el oficio dirigido al Alcalde y radicado en su despacho de fecha 24 de diciembre de 1993, en donde el secretario general del Concejo envía el acuerdo del Concejo de Presupuesto aprobado y además se anexó el oficio del Alcalde donde objeta el presupuesto aprobado por el Concejo" (sic).

5o.– Como quiera que el Concejo de Cúcuta hizo uso de su facultad constitucional y legal de expedir el presupuesto, el acto acusado violó ostensiblemente los artículos 348 y 353 de la Constitución, y 43 y 94 de la Ley 38 de 1989.

6o.– La sola certificación del director de Planeación Municipal es suficiente para establecer la violación de las normas constitucionales y legales referentes a los Planes de Desarrollo, Plan General de Inversiones y Plan Plurianual de Inversiones.

IV–. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como marco de referencia para el consiguiente análisis de los fundamentos del recurso, y dado el gran número de consideraciones en que se sustenta el Decreto acusado (16 en total), la Sala resume, en lo posible, y transcribe a continuación aquellas que, en su criterio, son las más relievantes, así:

a). Que a pesar de haberse presentado oportunamente al Concejo Municipal el Proyecto de Presupuesto de Rentas, Ingresos y Gastos para la vigencia fiscal de 1994, "... durante el desarrollo de las sesiones ordinarias y su prórroga legal, el Ejecutivo Municipal no recibió por conducto del Secretario de Hacienda solicitud alguna de creación de rentas u otros ingresos, cambio de tarifas de las rentas, modificación o traslados de partidas para los gastos, o consideración de otras partidas".

b). Que la anterior circunstancia, aunada al hecho de que el proyecto de presupuesto no fue remitido al Alcalde, a pesar de sus solicitudes formuladas los días 13, 17 y 21 de diciembre de 1993, lleva a concluir "... que no existen modificaciones al proyecto presentado oportunamente por el Ejecutivo".

c). "Que, corresponde al Alcalde, al tenor del numeral seis (6) del artículo 315 de la Constitución Nacional, 'Sancionar y promulgar los acuerdos que hubiere aprobado el Concejo y objetar los que considere inconvenientes o contrarios al ordenamiento juridico', función ésta que debe cumplirse dentro del plazo legal que contiene el Código de Régimen Municipal y el Código Fiscal, de ocho (8) días en aquellos proyectos que pasen de veinte (20) artículos".

d). "Que, igualmente es norma de origen constitucional y legal (Ley 38 de 1989 y Acuerdo 036 de 1990) que el Ejecutivo Municipal debe liquidar el proyecto aprobado y expedido por el H. Concejo Municipal, dentro de los 10 días siguientes a la fecha de sanción del respectivo presupuesto".

e). "Que, el presupuesto de la vigencia 1994 tiene que ser publicado por el Ejecutivo antes del 1o. de enero de ese año".

f). "Que, el Acuerdo 036 de 1990, constitutivo del Código Fiscal en su artículo 91, señala 'si el Concejo no expidiera los Acuerdos de Presupuesto en la fecha prevista, el Gobierno Municipal expedirá el Decreto de liquidación respectivo antes del 25 de diciembre en concordancia con el artículo 89 del presente estatuto'".

g). "Que, la acepción 'EXPEDIR' tiene significado jurídico de 'Cursar, tramitar, remitir o despachar', circunstancia que ha sido reiterada en diferentes fallos proferidos por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y del Consejo de Estado. De lo anterior se deduce que el Proyecto de Presupuesto ha debido enviarse al Alcalde en el término de la distancia. Esta aceptada interpretación jurídica explica por sí sola los plazos legales que el Alcalde tiene para sancionar, objetar, liquidar y publicar oportunamente el Presupuesto".

h). "Que, en desarrollo de lo anterior, y en especial del contenido del artículo 130 del Código de Régimen Municipal que dispone que el Alcalde es el jefe de la Administración, y como tal dictará las providencias necesarias en todas las ramas de la Administración, y del numeral 3 del artículo 315 de la Constitución Nacional en el sentido de asegurar la prestación de los servicios a su cargo, se hace indispensable adoptar y liquidar el Proyecto de Presupuesto presentado por el Ejecutivo, ajustándolo a la estructura administrativa vigente dotándolo de los rubros que le correspondan".

De otra parte, la Sala constata que, además del acto acusado, el actor acompañó con su demanda copia de los siguientes documentos, entre otros:

a). Proyecto de Acuerdo No. 117, "por el cual se adopta el Presupuesto de Rentas e Ingresos y Gastos del Municipio de San José de Cúcuta para la vigencia fiscal de 1994", presentado por el Ejecutivo Municipal el 10 de noviembre del mismo año (fls. 108 a 182 cuaderno principal).

b) Acuerdo 036 de 1990, "por el cual se dicta el Estatuto Fiscal del Municipio de San José de Cúcuta" (fls. 193 a 364 *ibídem*).

c). Comunicación de 21 de diciembre de 1993 dirigida por el Alcalde Metropolitano de Cúcuta al presidente del Concejo Municipal, en el cual le solicita "... que al remitir el Proyecto de Presupuesto al Ejecutivo, le acompañen al mismo los antecedentes administrativos... (...) ... que le dieron aprobación al acto administrativo en los diferentes debates... (...) ... para establecer la constitucionalidad y legalidad de la expedición del Presupuesto" (fls. 368 *ibídem*).

d). Comunicación de 24 de diciembre de 1993 dirigida por el presidente del Concejo Municipal de Cúcuta al Alcalde de la misma ciudad, mediante la cual se da respuesta a "sus oficios de fecha 13 de diciembre, 17 de diciembre y 21 de diciembre de 1993", en los que "... me solicita la agilización del envío de los Acuerdos aprobados y expedidos por el H. Concejo Municipal en sus sesiones del mes de noviembre y su prórroga de diez (10) días en el mes de diciembre". En dicho oficio se expresa al Alcalde que el acuerdo de presupuesto para la vigencia de 1994 fue aprobado en tercer debate el 10 de diciembre de 1993, "... en sesión que contó con la presencia de su delegado, el doctor PEDRO AVELLANEDA ARIZMENDI, y la gran mayoría de sus Secretarios de Despacho, y que el mismo, entre otros, le sería remitido tan pronto se cumplan los pasos de revisión y mecanografía. Igualmente, se comunica que, por lo anterior, "... no es procedente la aplicación del artículo 91 del mismo Código Fiscal" (fls. 371 a 372 *ibídem*).

e). Oficio de 23 de diciembre de 1993 dirigido por el Secretario General del Concejo Municipal de Cúcuta al Alcalde de la misma ciudad, recibido en las dependencias de la alcaldía el 27 del mismo mes y año, según consta en el mismo, con el cual se le remite para estudio y sanción varios proyectos de acuerdo, entre ellos el titulado: "por el cual se adopta el Presupuesto de Rentas e Ingresos y Gastos del Municipio de San José de Cúcuta, y el de los institutos descentralizados para la vigencia fiscal de 1994 (fls. 369 a 370).

f). Oficio de 6 de enero de 1994, dirigido por el Alcalde Metropolitano de Cúcuta al presidente y demás miembros de la mesa directiva del Concejo Municipal, mediante el cual se objeta por inconstitucionalidad e ilegalidad el proyecto de acuerdo de que se da cuenta en el literal anterior, y se hace notar, entre otros aspectos, que el Concejo "... aprobó, pero no expidió o envió el respectivo Proyecto de Acuerdo de Presupuesto dentro del término establecido en el artículo 76 del Código Fiscal del Municipio".

Ahora bien, para que proceda la institución excepcional de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de conformidad con el artículo 152 del C.C.A. y en tratándose de la acción de simple nulidad, como en el caso presente, se requiere:

a). Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

b). Que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

En el asunto *sub-júdice,* como se consigna en el numeral I de este proveído, el actor solicitó y sustentó la solicitud de suspensión provisional de modo expreso en la demanda.

En cuanto a la posible infracción manifiesta de las disposiciones invocadas como fundamento de dicha solicitud, la Sala encuentra lo siguiente:

1o.– Del contenido de las comunicaciones y oficios referenciados en los literales c), d), e) y f) de estas consideraciones, las cuales tienen el carácter de documentos públicos, se deduce inequívocamente que el Concejo Municipal de Cúcuta dio aprobación al Proyecto de Acuerdo de Presupuesto para la vigencia fiscal de 1994 dentro del término que establecen los artículos 266 del Decreto 1333 de 1986 y 76 y 78 del Acuerdo No. 036 de 1990. Por ello, resulta impropio de este momento procesal analizar y definir su la aprobación de un proyecto de acuerdo equivale o no a su expedición y envío al Alcalde en el término de la distancia, como se predica en las consideraciones del acto acusado, pues ello implicaría un detenido y prolijo estudio de tal aspecto, propio de la sentencia que ponga fin al proceso.

2o.– En dicho orden de ideas, y de conformidad con lo previsto en los artículos 313 numeral 5 de la Carta Política y 111, 112 y 113 del Decreto 1333 de 1986, lo que procedía una vez aprobado en tercer debate mencionado el proyecto de acuerdo era pasarlo al Alcalde para su sanción, pudiendo éste objetarlo dentro de los términos indicados en el último de los citados artículos.

3o.– Como se constata en el oficio de 23 de diciembre de 1993, ya referenciado (fls. 369 a 370), el proyecto de presupuesto aprobado por el Concejo fue recibido en la alcaldía, para su respectiva sanción, el 27 de diciembre del mismo año. Ahora bien, teniendo en cuenta que la Ley no establece un término preciso y perentorio para que el Concejo envíe al Alcalde los proyectos de acuerdo por él aprobados, la demora en hacerlo podría implicar una falta disciplinaria por parte del responsable de dicho envío si se probare su negligencia y, más aún, si esa demora tuviera por finalidad impedir al Alcalde objetar el proyecto ante la inminente iniciación del período fiscal, pero no le permite a éste último desconocer que el proyecto por él enviado al Concejo había surtido el trámite legal y había sido aprobado en último debate el 10 de diciembre de 1993.

Las anteriores consideraciones son suficientes para que la Sala considere que con la expedición del Decreto demandado se violaron de manera manifiesta las normas

superiores a que se refieren los cargos primero y segundo de la solicitud de suspensión provisional.

En efecto, conforme a los artículos 313-5 de la Constitución Política, 92 ordinal 5o. y 113 del Decreto 1333 de 1986, al Concejo Municipal le corresponde expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del municipio, con base en el proyecto presentado por el Alcalde, y éste último dispone del término de cinco días para devolver con objeciones un proyecto que no conste de más de veinte artículos, y de ocho días cuando el proyecto pase de ese número de artículos. Además, "si el Alcalde, una vez transcurridos los términos indicados, no hubiere devuelto el proyecto objetado, deberá sancionarlo y promulgarlo" y "si el Concejo se pusiere en receso dentro de esos términos, el Alcalde está en la obligación de publicar el proyecto sancionado u objetado, dentro de los seis días siguientes a aquel en que el Concejo haya cerrado sus sesiones".

De otra parte, si bien es cierto que la atribución conferida a los Concejos por el numeral 5 del artículo 313 de la Constitución debe ejercerse conforme a la Ley, esta última, a través del artículo 51 de la Ley 38 de 1989, aplicable a los municipios por mandato del artículo 94 de la misma Ley y el cual recoge el artículo 79 del Acuerdo No. 036 de 1990, regula una situación en la cual el Alcalde puede repetir el presupuesto anterior cuando el proyecto ha sido presentado en tiempo pero no ha sido aprobado oportunamente por la corporación correspondiente, del acto acusado resulta que en el caso *sub-júdice* no se presentó tal situación, por lo que eran de obligatorio cumplimiento los principios establecidos en las citadas disposiciones constitucionales, legales y municipales.

Finalmente, la Sala hace notar que similares planteamientos a los expuestos en esta providencia fueron expresados por esta misma Corporación en auto de 21 de mayo de 1990, como fundamento para confirmar la decisión de suspender provisionalmente los efectos del Decreto 329 de diciembre 27 de 1989, "por medio del cual se adopta el presupuesto de captación y demanda económica del Municipio de Armenia para la vigencia fiscal comprendida entre el primero (1o.) de enero y el treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos noventa (1990), y se dictan otras disposiciones", expedido por el Alcalde de dicho municipio y decretada por el Tribunal Administrativo del Quindío el 13 de febrero de 1990.

De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta que según lo previsto por el artículo 152 del C.C.A. "basta que haya manifiesta infracción de **una de las disposiciones invocadas**" (destaca la Sala) para que proceda la medida de suspensión provisional, no es necesario entrar en el análisis de los demás cargos para proceder a la revocatoria del numeral 2 de la parte resolutiva del auto apelado y, en su lugar, acceder a la solicitud de suspensión provisional formulada por el actor.

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

RESUELVE:

Primero.– REVOCASE el numeral 2 de la parte resolutiva del auto de 21 de febrero de 1994, proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en el cual se denegó la solicitud de suspensión provisional del Decreto acusado y, en su lugar, se dispone:

DECRETASE la suspensión provisional de los efectos jurídicos del Decreto 0660 de 24 de diciembre de 1993, expedido por el Alcalde del Municipio de Cúcuta.

Segundo.– Con envío de copia, comuníquese esta decisión al mencionado Alcalde y al presidente del Concejo Municipal de Cúcuta, previniendo al primero de ellos respecto de la expresa prohibición que establece el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo, de reproducir en cualquier forma las normas suspendidas a través de otras de contenido idéntico, similar o equivalente.

Tercero.– En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez* (ausente), *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES–Reestructuración/**COMISION ASESORA DEL GOBIERNO**

Esta Corporación, en reiterados pronunciamientos, ha precisado que del contenido del referido precepto transitorio se infiere que la voluntad del Constituyente no fue otra que la de que expertos en Administración Pública y Derecho Administrativo, en atención a sus autorizados conocimientos sobre la materia, asesoraran, sugirieran, ilustraran o aconsejaran al Gobierno Nacional en la tarea de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades del orden nacional que le fue asignada, sin que en ningún momento pueda afirmarse que la evaluación y recomendación por parte de aquéllos tuviera carácter obligatorio para éste, pues de considerarse así no sería el Gobierno Nacional sino la Comisión Asesora la destinataria de las facultades conferidas en el mandato transitorio en referencia, alcance este que no se deduce de su texto. LEVANTASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de las expresiones referentes al plazo contenidas en los artículos 37, 38 y 55 del Decreto 2155 de 1992, ordenada en auto de 21 de mayo de 1993 en el proceso No. 2365.

FUNCION ADMINISTRATIVA–Principios Orientadores/**FINES DEL ESTADO**–Principios

En efecto, una importante innovación, entre otras cosas, fue la de haber consagrado los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad como orientadores de la función administrativa, sin cuyo acatamiento no podrían realizarse los fines esenciales del Estado a que se contrae el artículo 2o. de la Carta, el cual, en última instancia, permite garantizar la convivencia pacífica y la

vigencia de un orden político, económico y social justo. LEVANTASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de las expresiones referentes al plazo contenidas en los artículos 37, 38 y 55 del Decreto 2155 de 1992, ordenada en auto de 21 de mayo de 1993 en el proceso No. 2365.

DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES/ SUPRESION DE EMPLEOS/SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES/ PLANTA DE PERSONAL

En lo que respecta a las censuras relativas a la supresión de cargos o empleos prevista en el Decreto 2155 de 1992, que se materializó con la expedición del Decreto 0598 de 30 de marzo de 1993 "por el cual se establece la Planta de Personal para la Superintendencia de Sociedades", estima la Sala que la supresión, fusión o reestructuración ordenada por el artículo transitorio 20 lleva ínsita o aparejada la de supresión de cargos o empleos, es decir, que cuando el Constituyente facultó al Gobierno para reestructurar, fusionar o suprimir las entidades mencionadas en la norma transitoria, de antemano lo estaba autorizando para suprimir los cargos que no requirieran las necesidades del servicio, ello en aplicación de la prevalencia del interés general sobre el particular y sin perjuicio, obviamente, de la obligación de indemnizar los perjuicios que se puedan causar a sus titulares, como consecuencia de la decisión adoptada. LEVANTASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de las expresiones referentes al plazo contenidas en los artículos 37, 38 y 55 del Decreto 2155 de 1992, ordenada en auto de 21 de mayo de 1993 en el proceso No. 2365.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expedientes acumulados Nos. 2310, 2365 y 2404. Acción: Nulidad. Actores: Alfredo Elías Ramos Flórez, Gladys Arévalo y Esther Elena Mercado Jarava.

Se procede a dictar sentencia en los procesos acumulados Nos. 2310, actor: ALFREDO ELIAS RAMOS FLOREZ; 2365, actora: GLADYS AREVALO, y 2404, actora: ESTHER ELENA MERCADO JARAVA.

Dicha acumulación fue ordenada en el proceso No. 2310 mediante auto de 5 de noviembre de 1993.

I-. PROCESO No. 2310

ALFREDO ELIAS RAMOS FLOREZ, en su condición de ciudadano y en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación para que mediante sentencia se decrete la nulidad del Decreto No. 2155 de 30 de diciembre de 1992, "Por el cual se reestructura la Superintendencia de Sociedades", expedido por el Gobierno Nacional en desarrollo de las atribuciones conferidas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

I-1-. CAUSA PETENDI

En apoyo de su pretensión, el actor adujo la violación de los artículos 150, en sus numerales 2o., 8o. y 21, 188, en su numeral 24, y transitorio 20 de la Constitución Política (folios 43 a 46).

Fundamentó el concepto de la violación, en síntesis, así:

Primer cargo:

Del análisis del artículo 20 transitorio surgen los siguientes presupuestos para el ejercicio de las facultades en él contenidas: término de vigencia, evaluación y recomendaciones de la Comisión, alcande de las facultades y finalidad de la norma.

Como puede constatarse en las actas de la Comisión, el Gobierno hizo caso omiso de las recomendaciones y evaluaciones que en forma oportuna presentó dicha Comisión, lo cual vicia su constitucionalidad, toda vez que, la expresión "teniendo en cuenta" quiere significar la manifestación previa y favorable por parte de aquélla para que el Gobierno pudiera hacer uso de la facultad contenida en la norma, y en este caso, en memorando fechado el 19 de diciembre de 1992, los miembros de la Comisión del Consejo de Estado efectuaron serios reparos jurídicos al proyecto de reestructuración de la Superintendencia de Sociedades.

Con anterioridad a la reforma, la misma Presidencia de la República, a través de su Secretaría Jurídica, en oficio No. 786 de 19 de febrero de 1992, reconoce que las facultades contenidas en el artículo transitorio 20 no permiten su amplio ejercicio por cuanto el Gobierno se estaría arrogando funciones que son propias del Congreso y que en el caso de la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Valores no se encuentra que su actual estructura y funciones no se ajusten a la Constitución Política.

Segundo cargo:

El alcance de las facultades no podía ser diferente al señalado en la norma constitucional transitoria, es decir, que con base en ellas solamente podía el Gobierno Nacional suprimir, fusionar o reestructurar entidades de la Rama Ejecutiva, pero no, como en efecto lo hizo, cambiarle su naturaleza jurídica o dotarla de nuevas funciones.

Los alcances de la palabra reestructurar se limitan a organizar la estructura de las entidades de la Rama Ejecutiva, es decir, reorganizarlas internamente y de manera especial con la redistribución de competencias establecidas en la nueva Constitución mas no asumir funciones legislativas, como lo hizo el Gobierno con el Decreto 2155, al indicar la forma en que va a ejercer la inspección y vigilancia, por lo cual viola los artículos 150 numeral 8o. y 189 numeral 24 de la Constitución Política.

Tercer cargo:

El Gobierno Nacional, al interpretar indebidamente el artículo transitorio 20, desconoció también el numeral 2o. del artículo 150 ibídem, ya que deroga el Código de Comercio por cuanto las funciones de la Superintendencia de Sociedades se encuentran señaladas en dicho estatuto. De tal manera que dejó insubsistentes, entre otros, los artículos 145, 202 inciso 2o., 266 a 270, cuando las únicas funciones que el Constituyente de 1991 quiso que transitoriamente quedaran en manos del Ejecutivo, no obstante pertenecer a la Rama Legislativa, son las descritas en el artículo 150 numeral 7o. y no las de los numerales 2o. y 8o.

Cuarto cargo:

El Gobierno Nacional solamente podía hacer uso del artículo transitorio 20 cuando las entidades del Ejecutivo que se pretendieran suprimir, fusionar o reestructurar, no se encontraran en consonancia con la nueva Constitución, pero no era este el caso de la Superintendencia de Sociedades, cuya existencia se justifica en el artículo 189 numeral 24, en donde claramente se le asigna al Presidente de la República la función de ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las sociedades mercantiles, función que está acorde con lo dispuesto en el artículo 266 del C. de Co., delegada en la Superintendencia de Sociedades.

I.2–. 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, probatoria y alegaciones.

I.2.1–. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA:

La Nación –Ministerio de Desarrollo Económico–, por medio de apoderado, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de sus pretensiones, aduciendo al efecto principalmente lo siguiente (folios 91 a 99):

1o): El artículo transitorio 20 delegó expresamente en el Gobierno la posibilidad de reestructurar las entidades de la Rama Ejecutiva, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la reforma constitucional.

En este sentido, y tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, reestructurar implica redistribuir las funciones en los distintos entes objeto del respectivo proceso, trasladándolas entre ellos e incluso asignándoles nuevas, así como fusionar, suprimir y crear dependencias.

Por otra parte, con un argumento como el esgrimido por el demandante, el mandato otorgado al Gobierno por el artículo transitorio hubiera resultado superfluo e inútil, por cuanto para establecer la estructura y organización interna de las distintas dependencias de la Administración, así como la distribución o reasignación de las diferentes funciones de la entidad entre aquellas, el Gobierno contaba con instrumentos ordinarios, específicamente los derivados del artículo 189, numeral 14 de la Constitución.

2o): El concepto de la Comisión no era de obligatorio acatamiento, pues ello hubiera implicado que el mandato para la reorganización de la Administración, más que en el Gobierno Nacional, hubiera recaído en tal ente consultivo y asesor.

Específicamente en el caso de la reestructuración de la Superintendencia, todas las iniciativas contaron con el respaldo de la Comisión como cuerpo, ya por unanimidad o por mayoría.

3o): Sobre la base de los términos del artículo 150 numeral 7o. de la Constitución Política, es indudable que el encargo otorgado al Gobierno Nacional por el artículo transitorio 20 involucra, en su contenido, esencialmente las mismas prerrogativas que le corresponden al Congreso, sin embargo unas y otras tienen una motivación distinta, de tal modo que no puede hablarse de invasión de competencias.

En efecto, los instrumentos de que fue dotado el Gobierno Nacional, fueron pro tempore, a diferencia de las del Congreso, que tienen carácter definitivo; la causa que originó el hecho de dotar al Gobierno de tales prebendas en materia legislativa fue la de permitir que de manera ágil, rápida y expedita se hicieran las modificaciones, cambios y adecuaciones en la estructura y organización de la Administración, que la pusieran a tono con los principios y nuevas orientaciones establecidas por la Constitución.

Esto último, teniendo en cuenta que a través de los cauces ordinarios del trámite legislativo tales adecuaciones habrían tardado en producirse; de la circunstancia de haber puesto en cabeza del Gobierno, de manera temporal, el ejercicio de funciones de que modo ordinario pertenecen al Congreso, se deriva la imposibilidad para este último de ocuparse de los mismos temas durante el término fijado en el artículo transitorio 20.

El Decreto atacado no creó una dependencia o entidad adicional, ni varió sus objetivos. Se limitó a determinar la órbita de éstas, como ya había sido establecido en el artículo 266 del C. de Co. y en el literal f) del artículo 3o. de la Ley 44 de 1981. La supresión de algunas otras funciones estaba implícitamente autorizada en el artículo 20 transitorio de la Carta, en la medida en que si éste permitía expresamente suprimir entidades "a fortiori" contemplaba el aligeramiento de funciones.

El Gobierno tampoco se entrometió, sin estar facultado para el efecto, en la determinación de la forma y términos dentro de los cuales se debe ejercer la inspección y vigilancia, que, según el artículo 150 numeral 8o. de la Carta, corresponde al Congreso de la República.

Por su origen constitucional, los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional, en desarrollo de los mandatos establecidos por el artículo transitorio 20, tienen la misma fuerza que la ley y se equiparan a ésta, en términos tales que a través suyo era posible señalar los derroteros dentro de los cuales la Superintendencia de Sociedades ejercería sus funciones como consecuencia de su nueva estructura, no obstante que de manera ordinaria sea el Congreso el que tiene esta potestad.

4o): El artículo transitorio 20 no limitó a la redistribución de competencias y reasignación de recursos el alcance de la delegación.

En efecto, aunque la norma hizo énfasis especial en las dos consideracones anotadas, es indudable que amplió el marco de sus mandatos bajo el criterio de poner en consonancia a las entidades de la Administración con las disposiciones de la presente reforma constitucional.

Poner en consonancia implica, indudablemente, armonizar, colocar a tono a las entidades con los criterios superiores decantados en la Carta Magna.

Correspondía al Gobierno hacer una adecuación total de la estructura, funciones y organización de las entidades, a los distintos principios que en materia del ejercicio de la función administrativa entronizó la nueva Carta Constitucional, no solamente corregir las inconstitucionalidades sobrevivientes, que no requerían el uso de poderes especiales.

Dentro de tales principios cabe destacar los regulados por los artículos 83, 84 y 209 de la Constitución.

Resulta totalmente ajustada a los mandatos de la Constitución toda reestructuración o reorganización que haga operantes tales principios, con el objeto de racionalizar la gestión pública y, por tanto, disminuir el gasto, en el pasado llevado a proporciones significativas por una intervención directa y excesiva del Estado en todas las actividades de la economía, mediante la creación de organismos y entidades, muchas de las cuales no sólo cumplían funciones equivalentes sino que actuaban con un marcado centralismo, en desmedro de los intereses regionales.

En los términos anteriores, tanto las normas del C. de Co., artículos 266 y siguientes, como la Ley 44 de 1981, regularon una serie de funciones y de trámites que las sociedades sometidas a inspección debían cumplir ante la Superintendencia, no consonantes con los principios orientadores del desarrollo de la función administrativa antes reseñados.

5o): Es preciso tener en cuenta que, aunque el artículo transitorio 20 no señaló expresamente la posibilidad de que en uso de sus mandatos, el Gobierno modificara todas las normas, aun aquellas que hicieran parte de un Código, en cuanto fuere necesario para cumplir la finalidad última que allí se le impuso, esto se deduce de su redacción integral.

La naturaleza especial de los mandatos del artículo transitorio 20 que no determina medios sino fines; que no señala procedimientos sino que impone la adopción de una conducta en orden a alcanzar determinados propósitos, conlleva necesariamente la posibilidad de que el Gobierno se provea de los mecanismos indispensables para lograr el cometido encargado por la Constitución.

En la medida en que el uso de poderes imperativos derivados de la Carta implica un desarrollo directo de ésta, los actos que se dicten en ejecución de aquellos corresponde al nivel de los llamados por la doctrina "Reglamentos Constitucionales", que tienen el mismo rango de la ley. En estas condiciones, es evidente que los Decretos tenían la virtualidad de modificar las leyes preexistentes, entre ellas el Código de Comercio.

II–. PROCESO No. 2365

GLADYS AREVALO, en su condición de ciudadana y abogada, y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación para que mediante sentencia se decrete la nulidad del Decreto No. 2155 de 30 de diciembre de 1992, "Por el cual se reestructura la Superintendencia de

Sociedades", expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política".

II.1–. *CAUSA PETENDI*

En apoyo de su pretensión, la actora esgrimió los siguientes cargos de violación (folios 13 a 20):

Primer cargo:

En la expedición del Decreto acusado el Ejecutivo violó el marco de las autorizaciones otorgadas en el artículo transitorio 20 en lo referente a la materia y al tiempo.

POR RAZON DE LA MATERIA:

a): La reestructuración de la Superintendencia se sale de la órbita del artículo transitorio 20, por cuanto la estructura que le fue determinada por la Ley 11 de 1990 está en consonancia con la nueva Constitución y con la competencia y funciones establecidas en la Ley (artículos 266 y 267 del C. de Co. y Ley 44 de 1981).

El Constituyente no efectuó redistribución de competencias que afectara a la Superintendencia de Sociedades y la redistribución de recursos que trae la Carta, en nada se relaciona con la reestructuración de la entidad.

b): Para que las decisiones que adoptó el Ejecutivo se enmarquen dentro de la Ley y la Constitución, se necesitaba que el texto del artículo autorizara para MODIFICAR Y REFORMAR LA ESTRUCTURA de la entidad, las funciones y las normas pertinentes del C. de Co.

c): La autorización transitoria para fusionar, suprimir o reestructurar no tiene ninguna relación con la modificación que en virtud del Decreto demandado efectuó el Ejecutivo a las normas sobre la inspección y vigilancia previstas en el C. de Co., ni con la determinación de la naturaleza, principios, funciones y otras disposiciones de que tratan los artículos 1o. a 6o. del Decreto 2155, violando en forma directa la norma transitoria que no lo autorizó para adoptar tales decisiones y excediendo los límites de las facultades conferidas.

d): El Decreto acusado, lejos de cumplir las expectativas del artículo transitorio 20, no está ni "pone" la estructura de la Superintendencia en consonancia con el artículo

25 de la Constitución, pues como puede observarse prevé la supresión de un gran número de empleos.

e): En la formación del acto impugnado, el Ejecutivo omitió el cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo transitorio 20, ya que no se atendió la evaluación y recomendaciones, ni las observaciones sobre la inconstitucionalidad del proyecto del Decreto que efectuó la Comisión Asesora.

POR RAZON DEL TIEMPO:

Los artículos 5o., inciso 2o., y parágrafos primero y segundo; 37, 38 y 55 son violatorios del artículo transitorio 20, ya que exceden sus límites al prorrogar el término para el ejercicio de las facultades conferidas.

Las decisiones adoptadas fuera del plazo previsto en el artículo transitorio 20 conllevan incompetencia por razón del tiempo y por ser materia que al vencimiento del término corresponde regular al Congreso de la República.

Segundo cargo:

Los artículos 5o., inciso segundo, y 6o. del Decreto 2155 son violatorios de los artículos 189 numeral 24 y transitorio 20 de la Constitución, por cuanto si ésta determina que la inspección y vigilancia debe ser ejercida de acuerdo con la ley, en otras palabras, conforme a las disposiciones vigentes del C. de Co., consecuencialmente al Gobierno no le era permitido establecer y reformar por vía del artículo 20 las normas que para ese fin ya estaban previstas en la Ley, ni señalar las funciones de la Superintendencia, ni atribuir al Presidente la facultad de determinar la competencia de la entidad, sin infringir directamente el artículo 189 numeral 24, y el mismo artículo transitorio 20: el primero, porque sólo le confiere facultades al Presidente para ejercer la inspección y no para expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno en el ejercicio de tales funciones: y el segundo, porque no lo autoriza para expedir tales disposiciones.

Los artículos 267 numeral 1o. del C. de Co., 1o. a 3o. de la Ley 44 de 1981 y 1o. del Decreto 1171 de 1980, determinan las sociedades sometidas a inspección y vigilancia y las atribuciones de la Superintendencia de Sociedades.

El artículo 5o. inciso 2o. del Decreto acusado, en contravención al artículo 189 numeral 24 de la Carta y a las normas citadas en el párrafo anterior, estableció que sólo estarán sujetas a vigilancia las sociedades mercantiles que determine el Presidente de la República y las normas que tengan el carácter de supranacionales; el artículo 6o. ibídem determina las funciones de la Superintendencia. Con esas disposiciones se le estaría atribuyendo al Presidente la facultad de determinar la competencia de la entidad,

la cual la Constitución no le otorga y, por otra parte, se estarían desconociendo las causales de vigilancia que establece la Ley Mercantil.

Tercer cargo:

Los artículos 1o. a 34 del Decreto demandado son violatorios de los artículos 113, 114, 140, 150 numerales 1o., 2o., 7o. y 8o.; y transitorio 20 de la Constitución Política, por incompetencia de la Rama que lo expidió.

El artículo transitorio 20 no autoriza al Presidente para dictar normas que se relacionen con las materias contenidas en ellos.

Los artículos 1o. a 34 del Decreto acusado incluyen disposiciones que derogan y reforman el C. de Co., la Ley 44 de 1981, el artículo 1o. del Decreto 1171 de 1980 y la Ley 11 de 1990, los cuales contienen normas relativas a la estructura de la entidad y al ejercicio de la inspección y vigilancia.

El artículo 5o. inciso 2o. atribuye al Presidente la facultad de determinar la competencia de la Superintendencia y el criterio que debe atender para el sometimiento, desconociendo las causales estipuladas en el artículo 267 numeral 1o. del Estatuto Mercantil, en los artículos 1o., 2o., 3o., de la Ley 44 de 1981 y en el artículo 1o. del Decreto 1171 de 1980. El artículo 6o. del Decreto establece preceptos que derogan los artículos 267 numeral 2o., 268 a 271 del C. de Co., toda vez que suprime la función de otorgar permisos de funcionamiento y de autorizar la solemnización de algunas reformas estatutarias, excediendo los límites del artículo transitorio 20 que no lo autoriza para adoptar tales disposiciones que corresponden exclusivamente al Congreso.

Como no existe la posibilidad legal o constitucional de presumir la delegación de funciones legislativas, el Decreto demandado no podía contener normas reformatorias del Código de Comercio y tiene, por lo tanto, la categoría de simple acto administrativo, que como tal no puede contradecir la Ley y está sujeto además al control de legalidad.

Cuarto cargo:

Los artículos 37 y 38 del Decreto, que establecen la supresión de empleos y su programa, violan el artículo 25 de la Constitución Política que protege el trabajo.

Si constitucionalmente el trabajo goza de la especial protección del Estado, no se entiende cómo la expedición del Decreto de reestructuración de la Superintendencia haya servido más a conveniencias particulares que al interés público, sin que el Estado hubiese intervenido para evitar tal situación.

Con ocasión del Decreto 598, expedido en ejercicio del artículo 55 del Decreto 2155 de 1992, se efectuaron numerosos despidos sin justificación real.

II.2–. 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, probatoria y alegaciones.

II.2.1–. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA:

La Nación –Ministerio de Desarrollo Económico–, por medio de apoderado, al contestar la demanda expresó, en síntesis, lo siguiente (folios 81 a 88):

1o): Desde la Constitución anterior se previó que una de las facultades ordinarias del Congreso es la de establecer la estructura general de la Administración Pública, en tanto que al Ejecutivo se le encargó la de señalar, dentro de dicha estructura, la planta de personal de las entidades respectivas (artículos 76 numeral 9o. y 120 numeral 21), que hoy corresponden a los artículos 150 numeral 7o. y 189 numeral 14 de la actual Carta Política.

En una multiplicidad de jurisprudencias la Corte Suprema de Justicia ha señalado que siempre que se trate de fijar la estructura de una entidad, por el legislador ordinario o, excepcionalmente, por el Gobierno, se deben establecer cuáles serán sus funciones de conformidad con la Carta, en orden a las conveniencias del servicio y con una limitante derivada de los parámetros que sobre el particular señale ésta. Así mismo, se estableció que tal facultad conllevaba la posibilidad de crear y suprimir órganos y la de asignar funciones y competencias entre ellos.

Así las cosas, mal puede entenderse, como lo pretende la actora, que la orden para el Gobierno de adelantar la reestructuración de los entes de la Administración Central que estableció el transitorio 20 de la Constitución, no podía conllevar la asignación de nuevas funciones, el recorte de algunas y la reubicación de otras, lógicamente respetando los parámetros constitucionales, como en efecto se hizo en el Decreto demandado.

2o): Los Decretos que en desarrollo del artículo transitorio 20 ha dictado el Gobierno Nacional no están sometidos a la Ley, pues tienen fuente directa en la Constitución.

Como consecuencia de lo anterior, mal puede alegarse como fundamento de la demanda que el Decreto 2155 desconoció las Leyes 44 de 1981 y 11 de 1990, ni mucho

menos el Decreto 2766 de 1991, en cuanto no estaba sujeto a ellas y, por el contrario, podía modificarlas al tener exactamente su misma jerarquía.

Tampoco puede sostenerse que el Gobierno no podía modificar normas contenidas en los códigos, en cuanto ellas traten de aspectos que tuvieran que ver con la estructura de la Administración, pues tales normas no sólo no afectan el aspecto sustancial de las disposiciones codificadas, sino que no eran desarrollo de facultades extraordinarias, como antes se afirmó y, por tanto, no podían estar sometidas a las restricciones reguladas por el artículo 150 numeral 10o. de la Constitución.

3o): El artículo transitorio 20 determinó que la reestructuración debía producirse en todos los casos en que fuere preciso poner en consonancia a las entidades de la Administración con los nuevos mandatos constitucionales. Lo anterior, exigía que el Gobierno examinara la totalidad de las nuevas instituciones y postulados regulados por la Carta, con el fin de establecer si de ellos se desprendían principios que no estuvieren a tono con la organización y estructura de las entidades.

Principios como los regulados por los artículos 43, 83 y 209 de la Constitución Política marcaron la necesidad de reformar la estructura de muchas de las entidades de la Administración, dentro de ellas la Superintendencia de Sociedades, con el fin de racionalizar la gestión pública y, por tanto, el gasto fiscal, favoreciendo la celeridad y eficacia de la absolución de las peticiones de los ciudadanos.

4o): Sobre el cargo referente al desconocimiento del derecho del trabajo regulado por el artículo 25 de la Carta, en cuanto la reestructuración va a suprimir empleos, ya la jurisprudencia ha establecido que el derecho de estabilidad laboral no puede entenderse como indefinido o perpetuo a conservar y mantener un empleo, que impida que el Gobierno, en desarrollo de una atribución imperativa como la dispuesta por el artículo transitorio 20, pueda establecer la supresión de empleos y cargos como consecuencia de la reestructuración de las entidades. Además, si se tiene en cuenta que es función constitucional propia y privativa del Presidente la de crear, fusionar o suprimir, de acuerdo con la Ley, los empleos que demande la Administración Central.

5o): La delegación en el Gobierno de la posibilidad de reestructurar las entidades de la Administración conlleva, de manera implícita, el mandato para llevar a cabo, a la mayor brevedad, las modificaciones en la planta de personal que fueren consecuentes con ella.

Como consecuencia de lo anterior, el Gobierno fijó unos plazos dentro de los cuales se debían producir tales adecuaciones, con el fin de ejecutar de manera ágil y expedita la voluntad del constituyente, no con el ánimo de recortar las facultades constitucionales ordinarias indicadas por el artículo 189, numeral 14, de la Constitución Política.

III–. PROCESO No. 2404

ESTHER ELENA MERCADO JARAVA, en su condición de ciudadana y abogada, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación para que mediante sentencia se decrete la nulidad de los artículos 38 y 55 del Decreto No. 2155 de 30 de diciembre de 1992 "Por el cual se reestructura la Superintendencia de Sociedades", y el Decreto No. 0598 de 30 de marzo de 1993 "Por el cual se establece la Planta de Personal para la Superintendencia de Sociedades", expedidos por el Gobierno Nacional.

III.1–. CAUSA PETENDI

En apoyo de su pretensión, la actora adujo la violación de los artículos 2o., 4o., 6o., 13, 25, 29, 125, 160, 189, numeral 14, de la Constitución Política. Fundamentó el concepto de la violación, en síntesis, así (folios 57 a 58):

Primer cargo:

Si el artículo transitorio 20 de la Constitución concedía unas facultades al Jefe del Estado para ser ejercidas dentro de 18 meses, no podía a motu proprio adicionarlo en seis meses más, como lo hizo en los artículos 38 y 55 del Decreto acusado, violando así los artículos 2o., 4o. y 6o. de la Carta.

Segundo cargo:

Al expedir el Gobierno Nacional el Decreto No. 0598 de 30 de marzo de 1993, cuando ya había expirado dicho plazo, quebrantó el artículo 29 de la Constitución Política, por cuanto ha debido seguir el debido proceso para la expedición de los Decretos como textualmente la ordenaba al artículo transitorio 20, desconociendo el artículo 150 numeral 7o. de la Carta, debiéndose también declarar la nulidad de aquél.

Tercer cargo:

Al ser expedido el Decreto No. 0598 citado vencido el límite fijado por la Carta, se desconocieron los artículos 13, 53 y 125 de la misma, al quedarse los trabajadores sin el sustento diario para su congrua subsistencia y al fijarse unas causas diferentes para desvincular de su trabajo a los empleados de carrera, todo lo cual va en contra de la paz, que es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.

III.2–. 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, probatoria y alegaciones.

III.2.1–. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA.

La Nación –Ministerio de Desarrollo Económico–, por medio de apoderado, al contestar la demanda expresó, en síntesis, lo siguiente (folios 104 a 107):

1o): El artículo transitorio 20 de la Constitución tiene la misma fuerza e igual jerarquía de las demás disposiciones de la Carta, de tal manera que no puede argüírse que el desarrollo de las prerrogativas que el mismo confirió al Gobierno Nacional pueda violar otras normas de aquella, por lo menos, no de manera directa, como lo entiende la peticionaria.

2o): No va en contravía de los preceptos constitucionales, mucho menos el del debido proceso que encuentra vulnerado la demandante, que el Gobierno mediante Decreto a través del cual dio ejecución al mandato que recibió del constituyente, hubiera determinado a manera de directiva presidencial los términos y las condiciones dentro de las cuales se debían adecuar las plantas de personal, en este caso la de la Superintendencia de Sociedades, a la nueva estructura de los organismos.

La reestructuración de la planta de personal en este caso, es una consecuencia del cambio en la estructura de la respectiva dependencia. Producido éste, es evidente la necesidad de adecuar de inmediato, la planta de la entidad, so pena de que se produzca un grave desajuste en el funcionamiento de la Superintendencia.

Tampoco resulta contraria a tales normas la circunstancia de que el Gobierno hubiera ejecutado dicha directiva, adecuando la planta de personal mediante la expedición del Decreto No. 0598, cuando dicha facultad la ejerce incluso de manera permanente, según lo señala el artículo 189, numeral 14 de la Constitución Política.

3o): La facultad de reestructurar la administración, que de manera ordinaria corresponde al Congreso, fue delegada en el Ejecutivo de manera temporal y con el objeto que de modo rápido y eficaz adecuara la administración a los nuevos principios constitucionales, en términos tales que sus fronteras pueden buscarse en el mismo artículo transitorio 20 de la Constitución, el cual fijó sólo dos límites: el temporal, de 18 meses, para ejercer las facultades de reestructuración que ordinariamente corresponden al Congreso, no aplicable para la posibilidad que tiene el Gobierno, de manera regular, de adecuar las plantas de personal a las nuevas estructuras, de acuerdo con el artículo 189, numeral 14 de la Constitución, en cuya ejecución se dictó el Decreto No. 0598 demandado; y el teleológico, entendido éste como la adecuación y la puesta a tono del engranaje administrativo con los nuevos preceptos constitucionales, en cuyo desarrollo y de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia uniformes en estas materias, el Gobierno podía, no sólo modificar la parte orgánica, fusionando, suprimiendo y ampliando entidades, sino también la funcional, en el sentido de asignar competencias nuevas, trasladar las ya existentes, reubicarlas en los mismos órganos.

4o): Con lo interpretado sobre el alcance del artículo 53 de la Carta, el derecho al trabajo en modo alguno puede significar que los trabajadores tengan asegurada de manera perpetua la estabilidad en el cargo.

Así las cosas, mal puede entenderse que la necesaria supresión de empleos que se origina como consecuencia obligada de la reestructuración, viola el derecho al trabajo, pues constituye una causa válida para poner término, en los casos concretos, a los respectivos contratos de trabajo, previo el pago de las indemnizaciones a que haya lugar.

IV–. ALEGACIONES

Se surtió esta etapa después de haberse decretado la acumulación de los procesos a que se contrae esta sentencia. En el curso de la misma las partes ratificaron los planteamientos expresados en las respectivas demandas y contestaciones de las mismas.

El Ministerio Público no hizo uso de tal derecho.

V–. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para facilitar el análisis de los cargos de violación expuestos en los diferentes procesos que han sido objeto de acumulación, la Sala los clasifica de la siguiente manera:

I–. CARGOS RELACIONADOS CON LA VIOLACION DEL ARTICULO TRANSITORIO 20:

a): El Gobierno Nacional hizo caso omiso de las recomendaciones y evaluaciones de la Comisión Asesora (cargos 1o. del proceso No. 2310 y 1o. literal e) del proceso No. 2365).

b): La Superintendencia de Sociedades estaba en consonancia con la nueva Carta Política, por lo cual no podía ser objeto de reestructuración; el constituyente no efectuó redistribución de competencias en el caso de la entidad y la redistribución de recursos en nada se relaciona con la reestructuración de ella (cargos 4o. del proceso No. 2310 y 1o. literal a. del proceso No. 2365).

c): El Gobierno Nacional no podía cambiar la naturaleza jurídica de la entidad ni dotarla de nuevas funciones (cargo 2o. del proceso No. 2310).

d): La autorización dada al Gobierno Nacional en el articulo transitorio 20 no tiene relación alguna con la modificación de las normas sobre inspección y vigilancia

previstas en el Código de Comercio ni con la determinación de la naturaleza, principios y funciones, de que tratan los artículos 1o. a 6o. (cargo 1o. literal c. del proceso No. 2365).

e): Las disposiciones contenidas en los artículos 5o., en su inciso 2o. y parágrafos 1o. y 2o., 37, 38 y 55 exceden el término previsto en la norma transitoria (cargos 1o. –por razón del tiempo– del proceso 2365 y 1o. del proceso 2404).

f): El artículo transitorio 20 no autoriza derogar y reformar normas del Código del Comercio (cargos 3o. del proceso 2310; 1o. literal b, 2o. y 3o. del proceso 2365).

II–. CARGOS REFERENTES A LA SUPRESION DE EMPLEOS (cargos 1o. literal d. y 4o. del proceso 2365; y 3o. en lo que toca con el Decreto 0598 de 1993, del proceso 2404).

III–. CARGO RELATIVO A LA VIOLACION DEL DEBIDO PROCESO POR PARTE DEL DECRETO No. 0598 DE 1993 (cargo 2o. del proceso No. 2404).

I–. En lo tocante a los cargos relacionados con el artículo transitorio 20 de la Constitución Política, cabe tener en cuenta lo siguiente:

a): Esta Corporación en reiterados pronunciamientos ha precisado que del contenido del referido precepto transitorio se infiere que la voluntad del Constituyente no fue otra que la de que expertos en administración pública y derecho administrativo, en atención a sus autorizados conocimientos sobre la materia, asesoraran, sugirieran, ilustraran o aconsejaran al Gobierno Nacional en la tarea de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades del orden nacional que le fue asignada, sin que en ningún momento pueda afirmarse que la evaluación y recomendación por parte de aquellos tuviera carácter obligatorio para éste, pues de considerarse así no sería el Gobierno Nacional sino la comisión asesora la destinataria de las facultades conferidas en el mandato transitorio en referencia, alcance este que no se deduce de su texto.

b): También ha sido criterio unánime y reiterado de la Sala el considerar que si bien es cierto que la Constitución Política hizo especial énfasis en la norma transitoria sobre la redistribución de competencias y recursos que ella establece, a tales aspectos no se circunscribe únicamente la Reforma Constitucional.

En efecto, una importante innovación, entre otras, fue la de haber consagrado los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad como orientadores de la función administrativa, sin cuyo acatamiento no podrían realizarse los fines esenciales del Estado a que se contrae el artículo 2o. de la Carta, el cual, en última instancia, permite garantizar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden político, económico y social justo.

Según se desprende del texto del Acta No. 11 de 16 de diciembre de 1992, en que consta la discusión del proyecto de reestructuración de la Superintendencia de Sociedades (folio 19 anexo expediente 2404), con ella se busca que se reduzcan los trámites para el desempeño de las funciones de una manera eficiente y se propone eliminar la duplicidad de funciones con la Superintendencia de Valores. Por esta razón no puede afirmarse válidamente que la reestructuración de la entidad no estuviera acorde con las normas contenidas en la reforma constitucional.

c): En lo concerniente a la censura de cambio de naturaleza jurídica, que, según el actor del proceso No. 2310, operó en la Superintendencia de Sociedades, tampoco está llamado a prosperar ya que del contenido del artículo 1o. del Decreto acusado que señala la naturaleza de la entidad no se colige que se haya producido cambio alguno en su naturaleza, dado que sigue manteniendo el carácter de Superintendencia, que respecto de las sociedades mercantiles ejerce, por delegación del Presidente de la República, su inspección, vigilancia y control.

d): No resulta ajeno a la reestructuración de una entidad el señalamiento de las funciones generales y especiales y de los principios que la orientan. Por el contrario, es de la esencia y naturaleza de la estructura de una entidad el que se prevean los criterios o políticas que la gobiernan y las facultades que tiene a su cargo ejercer, pues sin ello se haría nugatorio el cumplimiento de los objetivos que justifican la razón de su creación.

e): En lo que atañe a los cargos en los cuales se invoca el exceso en el término previsto en el artículo transitorio 20, tampoco tienen virtualidad de prosperar habida cuenta que del contenido de dicha norma se infiere claramente que las facultades conferidas al Gobierno Nacional, por la materia que regulan, que es la misma que le ha sido asignada al Congreso de la República en el artículo 150 numeral 7o. de la Carta, son de naturaleza legislativa, sólo que, ante la revocatoria del mandato de los congresistas, le fueron atribuidas excepcional y transitoriamente al Ejecutivo. Por lo mismo difieren de las de naturaleza administrativa que a éste le atribuye la Carta en forma permanente en el artículo 189 numeral 14, como a las que se refieren en los artículos 37, 38 y 55 acusados, para cuyo ejercicio no requiere de término alguno sino obrar conforme a la Ley, que en el presente caso lo es el Decreto 2155 de.mandado.

Por tal tazón, no es de recibo la afirmación de que hubiera habido exceso en el término previsto en la norma transitoria en estudio y, en consecuencia, se descarta la transgresión de éste, lo cual conduce a la Sala a levantar la suspensión provisional de los efectos de las expresiones relativas al plazo contenidas en los artículos 37, 38 y 55 del Decreto 2155 de 1992, ordenada en auto de 21 de mayo de 1993 en el proceso 2365.

f): En atención a lo precedente, esto es, a que los Decretos expedidos con fundamento en el artículo transitorio 20 tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley, y por ello están autorizados para modificar o derogar disposiciones contenidas en preceptos de igual jerarquía.

En este sentido bien podía el Gobierno Nacional, en cuanto toca con las funciones de inspección y vigilancia de las sociedades mercantiles, hacer regulaciones diferentes a las consignadas en el Código de Comercio.

II–. En lo que respecta a las censuras relativas a la supresión de cargos o empleos prevista en el Decreto 2155 de 1992, que se materializó con la expedición del Decreto 0598 de 30 de marzo de 1993, "por el cual se establece la planta de personal para la Superintendencia de Sociedades", también impugnado en el proceso 2404 estima la Sala que deben desestimarse toda vez que, como lo ha sostenido en diversos pronunciamientos, la supresión, fusión o reestructuración ordenada por el artículo transitorio 20 lleva ínsita o aparejada la de supresión de cargos o empleos, es decir, que cuando el Constituyente facultó al Gobierno para reestructurar, fusionar o suprimir las entidades mencionadas en la norma transitoria, de antemnao lo estaba autorizando para suprimir los cargos que no requirieran las necesidades del servicio, ello en aplicación de la prevalencia del interés general sobre el particular y sin perjuicio, obviamente, de la obligación de indemnizar los perjuicios que se puedan causar a sus titulares, como consecuencia de la decisión adoptada.

III–. Finalmente, en lo tocante con la censura de violación del artículo 29 de la Constitución Política por parte del Decreto 0598 de 1993, a que alude el 2o. cargo del proceso 2404, no tiene tampoco vocación de prosperidad ya que, como lo expresó la Sala al pronunciarse sobre la solicitud de suspensión provisional impetrada en el referido proceso, el Decreto 0598 no guarda relación alguna con la materia contenida en el precepto constitucional citado pues a través de él no se ordena ni se concluye actuación judicial o administrativa alguna, que son las que ameritan la observancia del debido proceso que postula la norma en mención.

Por lo demás, el Decreto 0598 de 1993, fue expedido dentro del término previsto en el artículo 55 del Decreto 2155 de 1992, esto es, dentro de los seis meses siguientes a la publicación de éste e implica, como ya se dijo, el ejercicio de una función administrativa, lo cual descarta la transgresión del mencionado artículo 29 y del 150 numeral 7o. de la Carta, a que se contrae el cargo en estudio.

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): DENIEGANSE las súplicas de las demandas en los procesos acumulados 2310, 2365 y 2404.

2o): LEVANTASE la suspensión provisional de los efectos de las expresiones referentes al plazo contenidas en los artículos 37, 38 y 55 del Decreto 2155 de 1992, ordenada en auto de 21 de mayo de 1993 en el proceso No. 2365.

3o): DEVUELVANSE a los actores las sumas de dinero depositadas por concepto de gastos ordinarios del proceso o su remanente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

ACTO MIXTO/ACTO GENERAL–Publicación/**CADUCIDAD**–Improcedencia

Como quiera que el artículo 2o. del Acuerdo 017 establece la obligación a los propietarios de los lotes debidamente urbanizados de efectuar siquiera el 50% de las construcciones e instalaciones previamente aprobadas por la oficina de Obras Públicas y Desarrollo Municipal, acordes con el reglamento del Parque Industrial del Quindío, so pena de que los lotes con o sin mejoras revïertan al municipio, indudablemente el acto adquiere un contenido general pero con efectos jurídicos particulares, esto es, para cada uno de ellos. Habida cuenta que los fundamentos de la demanda descansan sobre el presupuesto de la ausencia de publicidad en legal forma del referido Acuerdo, bien sea porque no se hizo a través de la publicación en la gaceta oficial del municipio de Calarcá o porque no hubo notificación personal, como lo ha reiterado la Sala en otras oportunidades, no puede en el momento mismo en que haya de resolverse sobre la admisibilidad formal de la demanda estudiarse si el plazo para ejecer la acción ha caducado o no, y abste-nerse de darle curso a aquélla si aparentemente se ha producido tal caducidad, ya que ello equivaldría a definir el proceso anticipadamente, cuando el aspecto referente al día de la publicación o notificación está en entredicho y es el determinante para el cómputo de dicho término de caducidad. Lo anterior, como es obvio, no impide que si en el curso del proceso se desvirtúa dicha ausencia de publicidad, se produzca un pronunciamiento inhibitorio por no haberse incoado la acción oportunamente.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2862. Recurso de apelación contra el auto de 15 de febrero de 1994, proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío. Actores: Aliria Valencia Sepúlveda y Eduardo Jaramillo Ochoa.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de los actores contra el proveído de 15 de febrero de 1994, por el cual el Tribunal Administrativo del Quindío dispuso inadmitir, por caducidad de la acción, la demanda incoada en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A.

I–. ANTECEDENTES

1–. Los señores ALIRIA VALENCIA SEPULVEDA y EDUARDO JARAMILLO OCHOA, a través de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentaron demanda ante el Tribunal Administrativo del Quindío con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

1a.): Que es nulo el Acuerdo No. 017 de 9 de diciembre de 1992, por medio del cual se concenden nuevos plazos a la sociedad anónima Parque Industrial del Quindío para la realización de unas obras y se dictan otras disposiciones, expedido por el Consejo Municipal de Calarcá.

2a.): Que se declare que el Acuerdo No. 06 de 23 de agosto de 1977 fue revocado por el Acuerdo No. 06 de 24 de marzo de 1988, por medio del cual se declararon como de utilidad pública y se cambió la destinación de los terrenos adquiridos por la sociedad anónima Parque Industrial del Quindío, expedido por el Concejo Municipal de Calarcá.

En subsidio de esta petición, se declare la pérdida de fuerza ejecutoria del Acuerdo No. 06 de 23 de agosto de 1977, por haber dejado pasar el municipio más de 5 años de estar en firme el acto, sin que éste realizara los actos tendientes a su ejecución o a ejercer sus atribuciones.

3a.): Que se declare la pérdida de fuerza ejecutoria del Acuerdo No. 08 de 24 de marzo de 1988, por haber dejado pasar el municipio de Calarcá más de 5 años sin que hubiera realizado las gestiones tendientes a la negociación directa de los terrenos con los propietarios, y por no haber iniciado, en su defecto, los trámites del correspondiente proceso civil de expropiación.

4a.): Como consecuencia de los anteriores pronunciamientos, se declare que el municipio de Calarcá no tiene ninguna atribución administrativa en relación con los

terrenos y sus legítimos propietarios están limitados en el ejercicio de su derecho real de dominio únicamente en los términos de la Constitución, la ley, el interés público, y, en especial, por lo que se haya dispuesto en el reglamento interno del Parque Industrial, aprobado por resolución No. 947 de 3 de octubre de 1980, protocolizado mediante escritura pública No. 509 de 8 de agosto de 1981, reformado por escritura pública No. 1191 de 9 de diciembre de 1992, ambas de la Notaría Primera del Círculo de Calarcá.

5a.): En subsidio que se declare la falta absoluta de competencia administrativa del municipio de Calarcá para regular y señalar unilateralmente por medio de actos administrativos de cualquier naturaleza, los plazos, términos y condiciones en que se deberá llevar a cabo la realización del proyecto del Parque Industrial del Quindío.

6a.): Que se declare la inoponibilidad de los artículos 12 y 28 del Acuerdo No. 014 de 21 de noviembre de 1986 (Código de Rentas del municipio de Calarcá), mediante los cuales se suprimieron las exoneraciones de impuestos predial y complementario y de industria y comercio a los propietarios de terrenos en la zona del proyectado Parque Industrial del Quindío, hasta tanto se les notifique en legal forma el contenido de estos artículos, expresándoles los motivos que tuvo la administración para adoptar estas decisiones y señalándoles los recursos que son susceptibles de interponerse o que no procede ningún recurso.

7a.): A título de restablecimiento del derecho se condene al municipio de Calarcá al pago de todos los perjuicios materiales así: por daño emergente en favor de Aliria Valencia Sepúlveda la suma de $27.902.000.oo y en favor de Eduardo Jaramill Ochoa la suma de $6.846.000.oo.

Por concepto de lucro cesante en favor de Aliria Valencia Sepúlveda la suma de $695.204.oo y en favor de Eduardo Jaramillo Ochoa la suma de $71.280.oo.

En subsidio de lo anterior, se condene a dicho municipio al pago en favor de los demandantes de las sumas de dinero que resulten oportuna y regularmente demostradas en el curso del proceso, previa tasación pericial (folios 315 a 321 del cuaderno No. 1).

II–. EL AUTO RECURRIDO

Para inadmitir el libelo demandatorio consideró el a-quo, en esencia, lo siguiente (folios 397 a 406 del cuaderno No. 1):

1–. El Acuerdo No. 017 de 9 de diciembre de 1992 es calificado por los actores como acto administrativo de carácter particular y concreto porque está destinado a producir sus efectos jurídicos respecto de un grupo de personas determinadas o al menos determinables, como son la sociedad Parque Industrial del Quindío S,A., socios

propietarios y terceros adquirentes. Insisten en que para la fecha de expedición de dicho acto existían más de 15 personas determinadas o al menos determinables, titulares legítimos e inscritos de derechos reales de dominio sobre los terrenos, que no fueron notificados o comunicados.

2–. En la Escritura Pública que obra a folio 90, por la cual se verificó el reloteo y la reglamentación del inmueble del Parque Industrial del Quindío y se informa la composición en manzanas y lotes destinados a zonas de administración, propiedad común y particular y de servicios, aparece un área total de 86.074 metros cuadrados.

A partir del folio 108 y hasta el 110 inclusive se aportan escrituras de compraventa de lotes cuyo dominio se transfiere por la sociedad anónima a otras personas naturales y jurídicas determinadas e individualizadas, que cubren un número cercano a 40.000 metros cuadrados. Los restantes 46.074 metros cuadrados, conforme a la finalidad del proyecto, necesariamente han de ubicarse en cabeza de otros compradores cuya identificación resulta indefinible tanto ahora como para el momento en que se expidió el acto administrativo demandado. Por ello, para la Sala el citado Acuerdo constituye un acto de contenido general.

En efecto, según el doctor Libardo Rodríguez Rodríguez en su obra Derecho Administrativo General y Colombiano, Editorial Temis, sexta edición 1990 "... Debe tenerse en cuenta que la determinación e indeterminación de las personas no se refiere propiamente al número de ellas, sino al hecho de que estén o no individualizadas, es decir, que puede existir un acto general que se refiera en la práctica a pocas personas como sería el caso de aquel que reglamenta algunas actividades de los ex presidentes de la República, y, viceversa, puede existir un acto individual que se refiera a muchas personas, pero identificadas de manera concreta, como el acto por el cual la Universidad Nacional fija la lista de aspirantes admitidos a iniciar estudios académicos, que pueden ser varios miles pero determinados individualmente".

El ejemplo de los ex presidentes es el caso que sucede con los propietarios y socios del proyecto Parque Industrial del Quindío, quienes no obstante la calidad mencionada, bien pueden hacer dejación de la misma, y quienes los reemplacen o a ellos se unan, por adquirirla al cumplir con las condiciones indicadas en los respectivos estatutos, habrán de someterse a las normas que de carácter general han adoptado y adopten las autoridades municipales, con el objeto de reglamentar sus actividades como tales.

4–. Establecido por la Sala que el Acuerdo No. 017 de 1992 es un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, el mismo ha debido ser publicado y no notificado, conforme se dispone en la Ley 57 de 1985.

La administración municipal de Calarcá no está autorizada para la publicación de los actos administrativos generales por medio de la lectura de su contenido en emisoras particulares de carácter local.

No obstante que se encuentra en entredicho la legalidad de tal actuación, como la acción escogida por los actores fue la de nulidad y restablecimiento del derecho, necesariamente debieron hacerlo dentro de los cuatro meses siguientes a que hace referencia el artículo 136 del C.C.A., lo cual no se realizó ya que dicho término vencía el 22 de abril de 1993 y la demanda fue presentada el 22 de noviembre del mismo año, debiéndose por ello inadmitir la demanda.

III–. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de discrepancia del apelante pueden resumirse así (folios 409 a 416 del cuaderno No. 1):

1–. Por la naturaleza misma de las decisiones adptadas y por cuanto los destinatarios inmediatos de sus efectos eran susceptibles de ser plenamente identificados, el Acuerdo No. 017 de 9 de diciembre de 1992 debió ser notificado personalmente a los directos afectados y perjudicados.

Sólo a partir del conocimiento del contenido del acto, empezaría a correr para los demandantes el término de caducidad de la acción, máxime que, como lo reconoce el propio Tribunal, se encuentra en entredicho la legalidad del Acuerdo, pues el medio de comunicación que el Concejo eligió para dar publicidad al acto impugnado no está permitido por ninguna disposición legal.

2–. En la demanda se insistió en la obligación legal de la Administración de notificar personalmente el acto a los demandantes, no en consideración a su naturaleza jurídica, sino en apoyo de normas constitucionales y legales que obligan al ente que lo expidió, dada la trascendencia y gravedad de sus determinaciones, a citar, comunicar y notificar personalmente a las personas que pudieran resultar afectadas.

3–. El ejemplo de los ex presidentes no es comparable al caso sub exámine. Si un acto administrativo estableciera un término perentorio que empezara a correr de inmediato para que se realizaran determinadas gestiones so pena de peder aquéllos su investidura y el derecho a la pensión vitalicia, el ente que lo expida estaría en la obligación de notificar personalmente su contenido a todos los ex presidentes que siendo identificables pudieran ser destinatarios de sus efectos lesivos.

4–. No puede aceptarse que el término de caducidad empezó a correr desde el 22 de diciembre de 1992, fecha en que se dio a conocer al público el contenido del acto

por una emisora radial particular y por una sola vez. Para que dicho medio de difusión pudiera considerarse como apto haría falta quien pudiera certificar que los 15 propietarios inscritos para la fecha de expedición del Acuerdo, cuyos inmuebles serían confiscados en caso de incumplimiento, se encontraban oyendo a la misma hora y por la misma emisora local de Calarcá la locución del texto íntegro del Acuerdo impugnado.

5–. El Concejo Municipal de Calarcá pretendió mediante la expedición del acto acusado, reglamentar de manera general una situación específica de carácter particular y concreto.

Independientemente de la naturaleza jurídica que al acto se le pueda endilgar, la posibilidad de una confiscación o expropiación directa por vía administrativa, sin indemnización, obligaba a la administración a darla a conocer personalmente y en forma exacta para que los propietarios inscritos a la fecha de su expedición se allanaran a cumplir y así evitar los efectos nocivos o impugnar el contenido del acto ante la Jurisdicción Contenciosa.

6–. La demandante Aliria Valencia Sepúlveda conoció el texto del Acuerdo el 2 de agosto de 1993, fecha en que se le notificó la Resolución No. 503 de 2 de agosto de 1993, y el demandante Jaramilllo Ochoa, el 20 de agosto de 1993 en que se notificó por conducta concluyente.

Si en gracia de discusión se aceptara que el Acuerdo es de carácter general, la administración debió publicarlo en la gaceta oficial que señala expresamente la Ley 57 de 1985. De tal suerte que los términos para la interposición de la acción sólo empezarían a correr para los demandantes desde el momento de tal publicación, o, en su defecto, a partir de su conocimiento expreso y exacto.

IV–. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el Acuerdo No. 017 de 9 de diciembre de 1992 "POR EL CUAL SE CONCEDEN NUEVOS PLAZOS A LA SOCIEDAD ANONIMA PARQUE INDUSTRIAL DEL QUINDIO PARA LA REALIZACION DE UNAS OBRAS Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES" (folios 22 a 24 cuaderno No. 1), es un acto de naturaleza mixta. En efecto, en la medida en que en su artículo 1o. impone la obligación a la persona jurídica determinada y concreta denominada "Parque Industrial del Quindío S.A." de construir a partir de la fecha de su sanción las obras de urbanismo que allí se indican, se trata de un acto de contenido particular.

Sin embargo, como quiera que el artículo 2o. *ibídem,* establece la obligación a los propietarios de los lotes debidamente urbanizados de efectuar siquiera el cincuenta por ciento (50%) de las construcciones e instalaciones previamente aprobadas por la

oficina de Obras Públicas y Desarrollo Municipal, acordes con el Reglamento del Parque Industrial del Quindío, so pena de que los lotes con o sin mejoras reviertan al municipio, indudablemente el acto adquiere un contenido general pero con efectos jurídicos particulares, esto es, para cada uno de ellos.

Habida cuenta que los fundamentos de la demanda descansan sobre el presupuesto de la ausencia de publicidad en legal forma del referido Acuerdo, bien sea porque no se hizo a través de la publicación en la gaceta oficial del municipio de Calarcá o porque no hubo notificación personal, como lo ha reiterado la Sala en otras oportunidades, no puede en el momento mismo en que haya de resolverse sobre la admisibilidad formal de la demanda estudiarse si el plazo para ejercer la acción ha caducado o no, y abstenerse de darle curso a aquélla si aparentemente se ha producido tal caducidad, ya que ello equivaldría a definir el proceso anticipadamente, cuando el aspecto referente al día de la publicación o notificación está en entredicho y es el determinante para el cómputo de dicho término de caducidad. Lo anterior, como es obvio, no impide que si en el curso del proceso se desvirtúa dicha ausencia de publicidad, se produzca un pronunciamiento inhibitorio por no haberse incoado la acción oportunamente.

Por esta razón, debe tenerse en cuenta la fecha en que los demandantes, quienes acreditan su calidad de propietarios de inmuebles ubicados en el Parque Industrial del Quindío, manifiestan haber conocido el contenido del Acuerdo.

Como quiera que para el caso de la demandante Aliria Valencia Sepúlveda lo fue el 2 de agosto de 1993 y para el de Eduardo Jaramillo Ochoa el 20 del mismo mes y año, se colige que para la fecha de presentación del libelo, 22 de noviembre de 1993, no había transcurrido el término de cuatro meses de que trata el artículo 136 del C.C.A.

Por ello, habrá de revocarse el proveído apelado para disponer, en su lugar, que por el a-quo se proceda a la admisión de la demanda y a resolver lo pertinente sobre la solicitud de suspensión provisional impetrada.

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

RESUELVE:

REVOCASE el proveído de 15 de febrero de 1994 y, en su lugar, se dispone que por el Tribunal Administrativo del Quindío se proceda a admitir la demanda y a decidir la solicitud de suspensión provisional.

Ejecutoriado este proveído, remítase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día veintiséis (26) de mayo de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

VIGILANCIA PRIVADA/LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO–Cancelación/**LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO**–Inexistencia/**ESCUELA DE CAPACITACION PARA VIGILANTES/MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**–Facultades

Conforme al artículo 1o. del Decreto 2810 de 1984 por Empresas de Vigilancia Privada se entienden las personas jurídicas cuyo único objeto social sea la prestación remunerada de servicios de vigilancia privada, que comprende la protección a bienes muebles e inmuebles, a personas naturales o jurídicas, escolta y transporte de valores y demás actividades afines. En armonía con lo anterior el artículo 24 *ibídem* prohíbe a dichas empresas llevar a cabo labores distintas a las de vigilancia privada que no estén autorizadas en la licencia de funcionamiento. El objeto social de la demandante es la prestación remunerada de servicios de protección a bienes muebles e inmuebles, personas naturales o jurídicas, escolta, transporte de valores y otras actividades afines, o sea, relativas a la protección y transporte descritos. Dicho objeto está acorde con lo dispuesto en el artículo 1o. del Decreto 2810 de 1984, para el cual le fue otorgada la licencia de funcionamiento, pero difiere de la actividad que desarrolla a través de la Escuela de Capacitación o de Formación para vigilantes, por lo cual resulta forzoso concluir que la demandante infringió el artículo 24 del Decreto 2810 de 1984, e incurrió así en la causal prevista en el artículo 29 literal i) *ibídem,* esto es, "Por violación o incumplimiento de las disposiciones legales que regulan esta materia", que autoriza al Ministerio de Defensa Nacional para cancelar la licencia de funcionamiento de una empresa de vigilancia privada, causal ésta que fue expresamente invocada en las resoluciones acusadas.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 1564. Recurso de apelación contra la sentencia de 22 de octubre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actora: Sociedad Abril & Cía. Ltda..

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de 22 de octubre de 1993, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las súplicas de la demanda.

I–. ANTECEDENTES

I.1–. La SOCIEDAD ABRIL & CIA. LTDA., por medio de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del C.C.A., tendiente a obtener las siguientes declaraciones y condenas:

a): Que se decrete la nulidad de las resoluciones Nos. 1395 de 15 de marzo de 1989 "Por la cual se cancela la licencia de funcionamiento a una empresa de vigilancia privada", expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, y 3970 de 1o. de junio de 1989 "Por la cual se resuelve un recurso", expedida por el secretario general del Ministerio de Defensa Nacional.

b): Que se restablezca a la demandante en su derecho de permanecer vigente la licencia de funcionamiento como empresa comercial de vigilancia privada.

c): Que se condene a la Nación –Ministerio de Defensa Nacional– al pago de los perjuicios materiales y morales ocasionados con motivo de la expedición de los actos acusados en la cuantía que resulte probada en el proceso, incluyendo la corrección monetaria y los intereses moratorios hasta que se efectúe el pago.

I.2.–. Como normas violadas se señalaron en la demanda los artículos 20, 26 y 44 de la Constitución Nacional de 1886; 19 literales c) e) i), 24 y 29 literal i) del Decreto 2810 de 1984; 7o. a 9o., 11, 17, 62, 64 y 189 del C.S.T.; 57 a 59, 71, 84 y 85 del C.C.A., 99 del C. de Co.; y 5o. del Decreto 334 de 1988.

I.3–. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, habiendo culminado la primera instancia con la sentencia de 22 de octubre de 1993, que fue oportunamente apelada por el apoderado de la parte actora.

II–. LA SENTENCIA RECURRIDA

La Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para denegar las súplicas de la demanda razonó, principalmente, de la siguiente manera (folios 590 a 624 del cuaderno No. 2):

1–. En el presente caso el Ministerio de Defensa Nacional decidió cancelar la licencia de funcionamiento de la demandante cuando se encontraba en trámite la solicitud de renovación de la misma, después de que la Policía Nacional, por intermedio del Departamento de Policía Cundinamarca - Grupo de Vigilancia Privada, practicó visita de inspección a la compañía, según el acta de 11 de octubre de 1988 (folios 45 a 54 y 363 a 372 cuaderno No. 1).

Para adoptar dicha decisión expidió inicialmente la resolución No. 1395 de 15 de marzo de 1989 y posteriormente, al resolver el recurso de reposición, la resolución No. 3970 del 1o. de junio de 1989.

El Ministerio de Defensa Nacional, como lo dijo el Consejo de Estado al resolver el recurso de apelación contra la providencia de 12 de abril de 1991, que negó la suspensión provisional, adujo como soporte de los actos acusados las causales señaladas en el artículo 29 literal i) del Decreto 2810 de 1984, faltas de índole directiva y administrativa y la infracción a lo establecido en el artículo 19 literales i) y c) del citado Decreto.

2–. Del examen de los antecedentes administrativos se establece que si bien es cierto la Policía Nacional adelantó la inspección ordinariamente requerida para la renovación de las licencias de funcionamiento de las empresas de vigilancia privada, de otro lado también adelantó una investigación orientada a verificar la probable comisión de irregularidades por parte de la demandante.

En efecto, en la misma acta de la inspección de 11 de octubre de 1988 se consignó que se adelantó la investigación en relación con el oficio No. 389 de 23 de noviembre de 1988, emanado de la jefatura de Control Nacional de Vigilancia Privada DIJIN, así como en relación con el oficio No. 5274 de 25 de noviembre de 1988 de la Dirección Operativa de la DIPON, por medio del cual se ordenó inspeccionar las empresas de vigilancia privada donde funcionaran escuelas de formación para vigilantes. En el primer oficio se solicitó al comandante del Departamento de Policía Cundinamarca que adelantara investigación a la demandante "... en razón a que se tiene conocimiento que en las instalaciones de la mencionada Sociedad, funciona centro de capacitación para personal de vigilancia cuya publicidad se anuncia en aviso colocado en la sede de la misma contrariando en esta forma lo consagrado en el Decreto 2810 del 16-11-84 y demás disposiciones atinentes sobre el particular" (folios 35 cuaderno 5).

En el segundo oficio –el 5274 de 1988– igualmente se solicita investigación con respecto al funcionamiento de la escuela de formación para vigilantes.

3–. De los documentos que obran en el expediente se verifica que la Policía Nacional adelantó investigación por los siguientes hechos:

a): Que en el acta de visita de inspección realizada a la compañía el 11 de octubre de 1988 se encontraron dos folios de hojas de vida firmados en blanco, pertenecientes a los vigilantes Pedro Julio Chíquiza y Nelson Ely Guzmán;

b): Que la empresa ejercía la actividad de venta de confecciones;

c): Que en las instalaciones de la compañía funcionaba un polígono sin permiso;

d): Que en las instalaciones funcionaba una escuela de capacitación de vigilancia privada (oficios Nos. 3591 y 3627 de 1o. y 2 de diciembre de 1988, respectivamente, del comandante del Departamento de Policía Cundinamarca).

El hecho del literal b) quedó desvirtuado, tal como quedó consignado en el acta de inspección de 20 de abril de 1989 (folio 229 cuaderno No. 1).

Está demostrado que la demandante sí adelantaba cursos de instrucción y capactación en vigilancia al personal que se vinculaba a la misma, pues el mismo gerente general admite que no existía la resolución de autorización del centro de capacitación. Además, se comprobó que la compañía hacía publicidad sobre el funcionamiento de la escuela de capacitación, pues así lo indican los avisos que se encontraron en sus instalaciones y en la papelería de la entidad (folios 391 cuaderno 1, 39 y 42 cuaderno 5).

Los informes contenidos en los oficios Nos. 01322 de 19 de mayo de 1989, del director de la Policía Judicial e Investigaciones, y 3627 de 2 de diciembre de 1988 del comandante del Departamento de Policía Cundinamarca (folios 373 a 376 y 389 a 390 cuaderno 1), así como el acta de la revista de inspección practicada el 20 de abril de 1989, demuestran que en las instalaciones de la demandante existía un polígono para armas cortas y que se utilizaba para la realización de la instrucción al personal, sin que previamente se hubiera obtenido licencia para su funcionamiento.

El hecho del literal a) no tuvo satisfactoria explicación pues los directivos de la empresa dijeron que las hojas firmadas en blanco las mantenían como medida de seguridad y de acuerdo con recomendación del personal de vigilancia privada de la DIJIN, Dirección esta que informó no haber dado en ningún momento tal autorización (folios 393 a 396 cuaderno 1).

4–. De modo que sí existían motivos para considerar faltas de índole directiva y operativa. Si bien es cierto en los considerandos de la resolución No. 1395 de 1989 se aludió a la violación del artículo 19 literales c) e) i). sin indicar la Ley o Decreto correspondiente, del contenido de dicho acto se infiere que se quiso hacer referencia al Decreto 2810 de 1984.

Es cierto que no se advierte que la demandante hubiera incurrido en un hecho que implicara la violación del literal c) del artículo 19 del Decreto 2810 de 1984, el cual menciona un requisito exigido para la expedición de la credencial de los vigilantes. Pero no ocurre lo mismo con la causal prevista en el literal i) del mismo artículo en que incurrió la demandante.

5–. Partiendo del análisis anterior procede la Sala al examen de los cargos, así:

A): En cuanto a la violación del derecho de defensa, se tiene:

a): No se produjo tal violación ya que la prueba solicitada por la demandante al interponer el recurso de reposición contra la resolución No. 1395 de 1989, esto es, que se nombrara una comisión investigadora conformada por oficiales superiores para verificar la realidad de los hechos y la situación de la empresa, fue atendida. En efecto, se llevó a cabo una revista de inspección, según acta de 20 de abril de 1989, que produjo un informe sobre los resultados de la investigación (folios 203, 301 a 306 cuaderno 4).

Esto desvirtúa la falta de apertura a pruebas, previa a la decisión que resolvió la reposición.

b): Si al resolver la reposición no se hizo un análisis amplio sobre las pruebas aportadas y el contenido del acta de inspección, las consideraciones hechas en la resolución No. 3970 de 1989 resultan suficientes para sustentar el acto.

c): Ninguna norma legal tenía previsto correr traslado al interesado del concepto final desfavorable de la visita de inspección realizada el 11 de octubre de 1988, con anterioridad a la expedición de la resolución No. 1395 de 1989.

El concepto emitido por el personal de la Policía no contiene la decisión. Es una opinión que el Ministerio de Defensa puede acoger o rechazar y sólo la decisión que éste adopte es la controvertible.

d): La administración sí solicitó explicaciones a la demandante y ésta las rindió (folios 216 a 220 cuaderno 1 y 148 a 151 cuaderno 2). Además, atendió la solicitud de prueba pedida por la empresa cuando interpuso el recurso de reposición.

B): No se produjo violación del artículo 20 de la Constitución Política, por cuanto, como ya se dijo, los funcionarios que intervinieron en la expedición de las resoluciones acusadas sí oyeron previamente a la demandante.

Además, el hecho de que en el acta de inspección de 11 de octubre de 1988 se indicara la infracción del artículo 24 del Decreto 2810 de 1984 y en la resolución No. 1395 de 1989 no se mencionara esta violación sino la del artículo 19 literales c) e) i), ello no implica tal violación pues para adoptar la decision no se requería que previamente se le hiciera saber a la interesada que estaba violando la norma por la cual se le sancionó. Por ello, no prospera el cargo.

C): No prospera el cargo de violación del Decreto 2810 de 1984, porque:

1–. La circunstancia de que el acta de inspección de 11 de octubre de 1988 hubiese indicado la infracción de una norma y en la resolución No. 1395 de 1989 se indique una violación distinta no implica expedición irregular ni desconocimiento de procedimiento alguno. Lo consignado en el acta es un concepto que no resulta obligatorio para el Ministerio de Defensa Nacional. Ninguna norma legal exige que dicho concepto se diera a conocer a la demandante para que tuviera oportunidad de controvertirlo.

Como el Ministerio de Defensa Nacional no indicó la infracción del artículo 24 del Decreto 2810 de 1984, no hubo falsa motivación.

2–. La circunstancia de no haberse configurado la violación del literal c) del artículo 19 del citado Decreto no implica expedición irregular dado que adicionalmente el Ministerio de Defensa adujo faltas de índole directiva y laboral.

3–. Al darse las circunstancias de hecho y de derecho exigidas para la cancelación de la licencia de funcionamiento no hubo indebida aplicación de los artículos 19 y 29 literal i) del Decreto 2810 de 1984.

D): Es cierto que el artículo 5o. del Decreto 334 de 1988 faculta al Ministerio de Defensa para imponer multas y que la reincidencia en las faltas da lugar a la revocación definitiva. Pero esta norma no resulta obligatoria porque el artículo 4o. *ibídem* también le otorga facultad a dicho Ministerio de revocar las licencias de funcionamiento.

Esto quiere decir, que el Ministerio teniendo en cuenta la naturaleza y la gravedad de los hechos podía optar por la imposición de la sanción de multa o por la cancelación de la licencia de funcionamiento. Así mismo el artículo 29 literal i) del Decreto 2810 de 1984 también otorga esta facultad al referido Ministerio.

E): El Ministerio de Defensa Nacional no violó el C.S.T., pues si la Ley lo facultó para cancelar la licencia de funcionamiento a las compañías de vigilancia privada y

atendió las causales establecidas por el legislador, la responsabilidad y las consecuencias laborales frente al personal de la demandante corresponde a ésta y no a aquél.

F): No se produjo la violación del artículo 58 del C.C.A. pues el Ministerio sí decretó la práctica de la prueba solicitada en el escrito del recurso de reposición.

G): Las consideraciones efectuadas frente al cargo de violación del derecho de defensa sirven para desvirtuar el cargo de violación del artículo 59 del C.C.A.

H): Tampoco prospera el cargo por violación del artículo 84 del C.C.A. ya que este consagra la acción de nulidad de los actos administrativos y las causales que pueden dar lugar a esa declaración.

I): No se transgrede el artículo 3o. del C.C.A. por haberse omitido la oportunidad a la demandante de conocer el concepto sobre la visita efectuada el 11 de octubre de 1988, pues es claro que dicho concepto no es una decisión que como tal haya tenido que notificarse.

J): No prospera el cargo por incompetencia del funcionario que expidió el acto que resolvió el recurso de reposición, pues esta decisión se adoptó por virtud de la delegación contenida mediante resolución No. 1953 de 1989, figura esta permitida en el artículo 22 del Decreto 1050 de 1968.

K): No hubo falsa motivación por inexactitud ya que se estableció que sí existían hechos irregulares que sirvieron de motivo para la expedición de los actos acusados.

L): No se demostró que al expedir los actos demandados la administración hubiera actuado con fines distintos a los perseguidos por el legislador, además que se acreditó que sí existió causal para la aplicación del literal i) del artículo 29 del Decreto 2810 de 1984 y no resulta obligatoria la del artículo 5o. del Decreto 334 de 1988.

M): Como la decisión cuestionada la adoptó el Ministerio de Defensa de acuerdo con la Ley, no resulta violado el artículo 99 del C. de Co.

N): Al no haber prosperado los cargos anteriores no se vulneró el artículo 44 de la Constitución Política. Si no se demostró la ilegalidad de los actos acusados no puede concluirse que se haya violado el derecho de asociación y a la libertad de empresa.

III–. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de discrepancia del recurrente con el fallo apelado pueden sintetizarse así:

1–. El alegato de conclusión presentado por la actora no fue considerado en la sentencia, violándose así el artículo 170 del C.C.A.

2–. Existen en la sentencia errores tales como afirmar que la resolución No. 3970 fue expedida el 1o. de enero de 1989, cuando lo fue el 1o. de junio.

No es cierto que la actora haya cambiado el objeto social, ni es cierto que la administración haya hecho la investigación fehaciente, pues solamente se hizo la que aparece en el acta de visita 0001 del capitán Leonel.

En la revista de inspección del 11 de octubre de 1988 (hoja 5 literal c) se dice claramente por la administración que la actora cumple con el registro allí señalado, hecho este desconocido en la sentencia, la cual en sentido contrario dijo erróneamente que se infringieron los artículos 19 literales c) e) i) del Decreto 2810 de 1984 y 4o. del Decreto 334 de 1988.

3–. La cancelación de la licencia se basó en el acta de inspección de 11 de octubre de 1988 y en ella se dice que la actora cumple con los requisitos exigidos; que ella no se dedica a otras actividades diferentes de las del objeto social, hechos estos desconocidos en la sentencia.

4–. En el acta No. 0001 citada se dice que la actora cumple con el requisito de la escuela de instrucción (hoja 4 literal h), hecho este igualmente desconocido.

5–. En el acta de inspección (hoja 4), aparece con toda claridad lo referente a la dirección administrativa y operativa de la sociedad actora y la sentencia le dio una significación contraria a lo que demuestra dicha hoja 4.

6–. En la parte final del acta de inspección se habla de infracción al artículo 24 del Decreto 2810 de 1984, pero en la hoja 6 se afirma lo contrario, pues allí se dice que la actora sí cumple con los requisitos al igual que con la instrucción.

7–. En la hoja 7 de tal acta se dice que la actora cumple con los requisitos del artículo 17 del Decreto 2810 de 1984, del artículo 95 del Decreto 1663 de 1979 y del artículo 1o. del Decreto 710 de 1980, lo cual es desconocido en la sentencia.

8–. Como en la hoja 9 de dicha acta se afirma que la actora presta sus servicios en los lugares previamente señalados, se deduce de ello, junto con los demás elementos de juicio, que no tuvo cambio de objeto social.

9–. Lo afirmado en la hoja 10 literal (sic) 9 de tal acta refuta la afirmación de que se violó el artículo 4o. del Decreto 334 de 1988.

IV–. CONCEPTO FISCAL

La señora Procuradora Segunda Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo se muestra partidaria de que se confirme la sentencia apelada dado que con ocasión de la visita practicada a la empresa se pudieron establecer irregularidades que prestaban mérito para la cancelación de la licencia de funcionamiento y a raíz del recurso de reposición interpuesto por la actora se ordenó, a petición de ésta, una nueva inspección y confrontación con la primera revista cuyas conclusiones de tal investigación dieron base suficiente para la conformación de la decisión acusada.

Conforme se afirma en el fallo apelado, el Ministerio de Defensa está facultado para expedir y renovar licencia de funcionamiento a las empresas de vigilancia privada, para lo cual recurre a la confrontación de requisitos legales a los que han de ajustarse tales entidades y a la inspección mediante visitas para verificar su funcionamiento y en caso de que se encuentre que éstas no cumplen todas las disposiciones legales o ejercen su objeto social en forma no autorizada, podrá revocar la respectiva licencia.

V–. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1–. El primer motivo de inconformidad aducido por la parte actora recurrente es que la sentencia de primera instancia es violatoria del artículo 170 del C.C.A., ya que no se tuvieron en cuenta en ella los argumentos que expuso en su alegato de conclusión.

Sobre el particular la Sala advierte que no le asiste la razón a la recurrente ya que del resumen de la parte motiva de la sentencia que ha quedado reseñado para efectos del análisis que corresponde efectuar en esta instancia, se infiere, sin lugar a dudas, que el *a-quo* se pronunció frente a todos los argumentos de la actora expuestos en el alegato de conclusión, no dándose, por consiguiente, la transgresión del expresado artículo 170.

2–. Básicamente el punto central de la controversia gira en torno del argumento de la demandante de que la sentencia no tuvo en cuenta que en las visitas que le fueron practicadas no se emitió concepto desfavorable y no obstante ello se expidieron los actos acusados.

3–. En la resolución No. 1395 de 15 de marzo de 1989 (folios 30 a 31 cuaderno principal), el Ministerio de Defensa Nacional canceló la licencia de funcionamiento a la actora con fundamento en las facultades otorgadas en el artículo 4o. del Decreto 334 de 1988, por no contribuir con la seguridad pública; por presentar fallas de índole directiva, administrativa y por infracción de lo establecido en el artículo 19 literales c) e) i); y por violación e incumplimiento de las disposiciones legales que rigen la vigilancia privada, según el artículo 29 literal i) del Decreto 2810 de 1984.

Dicha resolución fue confirmada a través de la resolución No. 3970 de 1o. de junio de 1989 (folios 31 a 33 *ibídem*).

4–. Como consta en los documentos visibles a folios 361 a 373 del cuaderno No. 2, se practicó una visita o inspección en las instalaciones de la recurrente el 11 de octubre de 1988, por el Departamento de Policía de Cundinamarca.

Del contenido de los folios 1 a 9 del acta referida se infiere que hasta ese momento la demandante cumplía con los requisitos legales para efectos de la renovación de la licencia de funcionamiento (folios 361 a 368 *ibídem*).

Al folio 10 del acta se deja constancia de la irregularidad consistente en la existencia de dos folios de hojas de vida firmados en blanco pertenecientes a los vigilantes Pedro Julio Chíquiza y Nelson Ely Guzmán, que fueron incautados para su respectiva investigación (hoja No. 10 del acta, folio 369).

Sin embargo, según obra al final de dicha acta, lo cual hace presumir su terminación con posterioridad al 11 de octubre de 1988, pues se relacionan en ella informes sobre investigaciones ordenadas en los oficios de 23 y 25 de noviembre de 1988, se constató que la demandante incurrió en otras irregularidades, tales como: el hallazgo de una valla de publicidad donde se hace referencia a una escuela de capacitación para vigilantes sin poseer el permiso de funcionamiento correspondiente; el funcionamiento en la empreas de una fábrica de confecciones y almacén de venta de ropa al público; y el funcionamiento de un polígono sin el permiso correspondiente (folio 369 *ibídem*).

5–. Tales irregularidades fueron puestas en conocimiento de la demandante, quien, según obra a folios 385 a 388 del cuaderno principal, el 28 de noviembre de 1988 respondió a cada una de las mismas.

6–. De las irregularidades anotadas considera la Sala que la relativa al funcionamiento de la escuela de capacitación para vigilantes, no fue desvirtuada en la vía gubernativa ni en este proceso, razón suficiente para que sirviera de fundamento a las resoluciones acusadas.

En efecto, la demandante en varias oportunidades solicitó al Ministerio de Defensa Nacional la autorización para el funcionamiento en sus instalaciones de una escuela de capacitación para vigilantes, y según obra a folio 118 a 120 del cuaderno de anexos No. 3 y 93 del cuaderno de anexos No. 4, tal autorización le fue negada el 25 de abril de 1983 y 18 de enero de 1989. No obstante ello, como lo demuestran la fotografía tomada en la visita de inspección que practicó el Departamento de Policía de Cundinamarca (folio 391 cuaderno principal) y la papelería de la sociedad actora (folio 378 *ibídem*), dentro

de los servicios que ésta suministra está el de "Escuela de Capacitación para Vigilantes" o "Escuela de Formación".

7–. Conforme al artículo 1o. del Decreto 2810 de 1984 por Empresas de Vigilancia Privada se entienden las personas jurídicas cuyo único objeto social sea la prestación remunerada de servicios de vigilancia privada, que comprende la protección a bienes muebles e inmuebles, a personas naturales o jurídicas, escolta y transporte de valores y demás actividades afines.

En armonía con lo anterior el artículo 24 *ibídem* prohíbe a dichas empresas llevar a cabo labores distintas a las de vigilancia privada que no estén autorizadas en la licencia de funcionamiento.

Del contenido del artículo 19 literal i) *ibídem* se infiere que la capacitación en vigilancia debe ser impartida por la Policía Nacional o por escuelas debidamente autorizadas por ésta.

8–. El objeto social de la demandante es la prestación remunerada de servicios de protección a bienes muebles e inmuebles, personas naturales o jurídicas, escolta, transporte de valores y otras actividades afines, o sea, relativas a la protección y transporte descritos.

Dicho objeto está acorde con lo dispuesto en el artículo 1o. del Decreto 2810 de 1984, para el cual le fue otorgada la licencia de funcionamiento, pero difiere de la actividad que desarrolla a través de la Escuela de Capacitación o de Formación para Vigilantes, por lo cual resulta forzoso concluir que la demandante infringió el artículo 24 del Decreto 2810 de 1984, e incurrió así en la causal prevista en el artículo 29 literal i) *ibídem,* esto es, "Por violación e incumplimiento de las disposiciones legales que regulan esta materia", que autoriza al Ministerio de Defensa Nacional para cancelar la licencia de funcionamiento de una empresa de vigilancia privada, causal ésta que fue expresamente invocada en las resoluciones acusadas.

En conclusión, habrá de confirmarse la sentencia apelada, pero por las razones anteriormente expuestas, y así habrá de disponerse en la parte resolutiva de esta providencia.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE FLANDES–Constitución/ **ALCALDE**–Facultades/**ACUERDO DE FACULTADES**–Prórroga

No obstante que en forma antitécnica en el Acuerdo No. 142 de 1992 se habla de prórroga de las facultades de que trata el artículo 36 del Acuerdo No. 089 de 12 de diciembre de 1990, cuando ya éstas estaban vencidas, lo cierto y evidente es que a renglón seguido se concedieron en forma expresa nuevas facultades al Alcalde para adelantar los trámites administrativos y presupuestales necesarios para la constitución de la Empresa de Servicios Públicos y se señaló como fecha de vencimiento de las mismas el 31 de diciembre de 1994. Cabe resaltar que estas facultades eran idénticas a las que se le concedieron al Alcalde en el Acuerdo No. 089 de 1990 citado y que no se ejercieron por parte de éste.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2695. Recurso de apelación contra la sentencia de 13 de septiembre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima. Actor: Luis Miguel Plata Clavijo.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el actor contra la sentencia de 13 de septiembre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que denegó las súplicas de la demanda.

I–. ANTECEDENTES

I.1–. El ciudadano LUIS MIGUEL PLATA CLAVIJO, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Tolima a fin de que mediante sentencia se declarara la nulidad en todas sus partes del Decreto No. 004 de 5 de enero de 1993 "POR EL CUAL SE DA CUMPLIMIENTO AL ACUERDO 089 DE 1990, SOBRE LA CREACION Y FUNCIONAMIENTO DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE FLANDES TOLIMA", expedido por el Alcalde Municipal de Flandes (Tolima).

En apoyo de su pretensión invoca el actor la violación de los artículos 315 numeral 1o. de la Constitución Política, 37 del Acuerdo No. 089 de 1990, emanado del Concejo Municipal de Flandes, 84 y 85 del C.C.A., por cuanto considera que el Alcalde de dicho municipio se extralimitó en sus funciones, ya que cuando expidió el acto acusado las facultades a él concedidas estaban precluídas; y porque dicho acto no sólo lesiona el patrimonio del municipio, que no tiene capacidad para pagar las asignaciones exuberantes de una nueva empresa, sino también a los servidores que venían laborando en el Acueducto Municipal, a quienes se busca despedir masivamente por acción política, lo cual resulta violatorio de la Constitución Nacional, las Leyes, los acuerdos del Concejo Municipal y el régimen municipal del Decreto Ley 1333 de 1986.

I.2–. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con la sentencia de 13 de septiembre de 1993, que fue oportunamente apelada por el actor.

II–. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para negar las pretensiones del libelo demandatorio, consideró el *a-quo,* en síntesis, lo siguiente:

1–. Al expedirse el Decreto No. 004 de 1993, existía el Acuerdo No. 142 de 18 de junio de 1992 "POR MEDIO DEL CUAL SE PRORROGAN LAS FACULTADES AL ALCALDE MUNICIPAL CONCEDIDAS MEDIANTE ACUERDO No. 089 DE 1990, EN SU ARTICULO 37 Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES", emanado del Concejo Municipal de Flandes (Tolima).

2–. En dicho Acuerdo no hay suficiente precisión sobre el término para el ejercicio de las facultades concecidas, sino que se han prorrogado éstas sin decir cuáles son las que se amplían. Pero si en una interpretación se dijera que es el plazo para la constitución de la empresa de servicios públicos, podría pensarse que es un acuerdo también afectado de ilegalidad porque el término ya había vencido y por lo tanto no había

nada que prorrogar. No obstante, como éste no fue cuestionado por la parte actora en esta acción de nulidad y era obligatorio para esa época, por no aparecer constancia de haber sido anulado o suspendido por la jurisdicción de la Contencioso Administrativo, hay que considerar legal el Decreto No. 004 de 1993, porque la derogatoria del Acuerdo No. 142 de 1992 por el Acuerdo No. 172 de febrero 1993, no puede afectar el acto acusado, el cual conserva la presunción de legalidad.

3–. De otra parte, cuando el alcalde ejerce delegación o facultad por fuera del término dado por el Concejo, se debe atacar el acto administrativo por violación del numeral 3o. del artículo 313 de la Constitución Política, y no como se hizo en esta acción de nulidad.

III–. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de discrepancia con la sentencia apelada que aduce el recurrente, pueden sintetizarse así:

1–. En acción de nulidad se demandó ante el Tribunal Administrativo del Tolima el Decreto No. 004 de 5 de enero de 1993 en razón de que el señor Alcalde en el momento de expedir dicho Decreto lo hacía en cumplimiento del Acuerdo No. 089 de 1990 del Concejo Municipal de Flandes, que en su artículo 36 facultó a aquél para la organización de las respectivas Empresas, pero en el artículo 37 del mismo limita tales funciones o facultades para que se ejerzan sólo hasta el 30 de mayo de 1992. Por lo tanto, el acto acusado de 5 de enero de 1993 es ilegal, inconstitucional y extemporáneo por haber fenecido las facultades base para su expedición.

2–. Aparece el Acuerdo No. 142 de 18 de junio de 1992, posterior a la expiración de las facultades que el Alcalde tenía mediante el artículo 36 del Acuerdo No. 089 de 1990, y prorroga las facultades de que trata este Acuerdo.

Si el citado Acuerdo No. 142 de 1992 hubiera dicho que facultaba al Alcalde para dar cumplimiento al Acuerdo No. 089 de 1990 no se estaría discutiendo la ilegalidad.

Debe tenerse en cuenta el concepto por demás lógico y jurídico que hizo el señor Procurador ante el *a-quo* en este proceso.

3–. Opta el Tribunal por darle al Acuerdo No. 142 antes citado la presunción de legalidad, además de comentar que no se cuestionó dicho acto cuando es lo primero que se hace ya que es la base o argumento de la demanda de que tal acuerdo es ilegal y nulo y se solicita que la Corporación se pronuncie en tal sentido por extemporáneo e inconstitucional.

4–. Llenos los requisitos de la demanda e individualizadas las pretensiones, como en efecto se hizo al tenor del artículo 138 del C.C.A., y obrando las pruebas suficientes para declarar la nulidad solicitada clara y expresamente, el Tribunal admite el libelo demandatorio ordenando la notificación al Alcalde, quien contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, y mediante auto de 5 de mayo de 1993 se tienen como pruebas los documentos aportados, entre ellos, el Acuerdo No. 142 de 1992 y el Decreto 004 de 1993 acusado, por lo cual se debe incluir en la declaratoria de nulidad tanto el acto primario, Acuerdo No. 142 de 1992, como el Decreto No. 004 demandado.

5–. No cabe duda que se ha violado la Constitución Política al haber dictado el Alcalde el Decreto No. 004 de 5 de enero de 1993.

El Alcalde personalmente violó el artículo 315 numeral 1o. e igualmente el numeral 3o. del artículo 313 de la Constitución Política y los artículos 84 y 85 del C.C.A.

Se citó el artículo 315 numeral 1o., por cuanto al expedir el Decreto materia de esta demanda, y, por ende de este recurso, el Alcalde no cumplió con la Constitución, la Ley, las Ordenanzas ni los Acuerdos.

En cuanto al artículo 313 numeral 3o. el Tribunal dice que es la norma violada. En este caso el juzgador es quien corrige este punto esencial en la litis puesto que él es el que con mayor propiedad y autoridad aplica las normas que corresponden. Por eso se solicita que el Consejo de Estado mediante el presente recurso declare nulo tanto el Decreto No. 004 de 1993 como el Acuerdo No. 142 de 1992.

Se dan los presupuestos de los artículos 84 y 85 del C.C.A., por cuanto se resalta que hubo desviación de las atribuciones propias del funcionario que profirió el acto y porque existe lesión del interés general del Municipio y de la comunidad de la cual forma parte el demandante por haber detrimento en los bienes y patrimonio municipal y en los intereses de los trabajadores afectados con el acto demandado.

6–. El Acuerdo No. 142 de 1992, emanado del Concejo Municipal de Flandes, carece de fuerza ejecutoria porque perdió vigencia la facultad otorgada en el artículo 36 del Acuerdo No. 089 de 1990, y conforme al profesor Jaime Vidal Perdomo cuando ello ocurre es ilógico que pueda caber la presunción de legalidad.

7–. El Decreto No. 004 de 1993 es improcedente aun cuando en la primera instancia no se pudo discutir este aspecto y el Honorable Consejo de Estado debe declarar el incumplimiento del contrato celebrado entre el municipio de Flandes y la Empresa de Obras Sanitarias del Tolima S.A., "EMPOTOLIMA", por violación de la Ley, usurpación de los derechos fundamentales pactados que ha vulnerado personal-

mente el Alcalde. En efecto, el municipio de Flandes sólo recibió el acueducto en administración delegada de EMPOTOLIMA con la obligación prevista en la cláusula 4a. de girar el 15% del recaudo, cosa que en ningún momento se ha hecho. Por ello, conforme a la cláusula 6a. de dicho contrato, debe darse por cancelado el mismo por el incumplimiento de una de las obligaciones, como en el presente caso.

IV–. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala la providencia apelada habrá de confirmarse, pero por las siguientes razones:

1–. En el acto acusado, esto es, en el Decreto No. 004 de 5 de enero de 1993 "POR EL CUAL SE DA CUMPLIMIENTO AL ACUERDO 089 DE 1990, SOBRE LA CREACION Y FUNCIONAMIENTO DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE FLANDES TOLIMA", el Alcalde de dicho municipio no se extralimitó en el ejercicio de sus funciones y por lo mismo no violó las disposiciones constitucionales y legales que invoca el actor. En efecto, si bien es cierto que el Acuerdo No. 089 de 12 de diciembre de 1990, que fue publicado el 18 del mismo mes y año, facultó al Alcalde Municipal de Flandes para adelantar los trámites administrativos necesarios para constituir la Empresa de Servicios Públicos y efectuar los movimientos presupuestales requeridos para dar cumplimiento a dicho Acuerdo (artículo 36), así como otorgó las referidas facultades hasta el 30 de mayo de 1992 (artículo 37), no lo es menos que el mismo Concejo Municipal a través del Acuerdo No. 142, sancionado el 23 de junio de 1992 y publicado el 24 de junio del mismo mes y año, dispuso:

> "ARTICULO PRIMERO: **PRORROGUESE** (sic) las facultades de que trata el artículo 36 del Acuerdo No. 089/90. 'Facultase (sic) al alcalde municipal para adelantar los trámites administrativos necesarios para constituir la Empresa de Servicios Públicos; además para que efectue (sic) los movimientos, adiciones y transferencias presupuestales necesarias para dar cumplimiento al presente Acuerdo.
>
> ARTICULO SEGUNDO: Las facultades prorrogadas en el artículo anterior por el presente Acuerdo vence (sic) el 31 de diciembre de 1994...".

En los considerandos del citado Acuerdo se aduce: "... Que se hace necesario dar cumplimiento a lo estipulado en el Acuerdo No. 089 de diciembre 12 de 1990, como es la creación de la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE FLANDES TOLIMA..." y "... Que las facultades otorgadas al Alcalde Municipal para la creación de la referida empresa, vencieron el 30 de mayo de 1992...".

2–. De lo anterior se colige que no obstante que en forma antitécnica en el Acuerdo No. 142 antes mencionado se habla de prórroga de las facultades de que trata el artículo

36 del Acuerdo No. 089 de 12 de diciembre de 1990, cuando ya éstas estaban vencidas, lo cierto y evidente es que a renglón seguido se concedieron en forma expresa nuevas facultades al Alcalde para adelantar los trámites administrativos y presupuestales necesarios para la constitución de la Empresa de Servicios Públicos y se señaló como fecha de vencimiento de las mismas el 31 de diciembre de 1994.

Cabe resaltar que estas facultades eran idénticas a las que se le concedieron al Alcalde en el Acuerdo No. 089 de 1990 citado y que no se ejercieron por parte de éste.

3–. Significa lo precedente que el Alcalde Municipal de Flandes (Tolima) al expedir el Decreto No. 004 de 5 de enero de 1993, lo hizo dentro del término previsto en el Acuerdo No. 142 de 1992 y bajo la vigencia de éste, habida cuenta que su derogatoria, según obra a folios 32 a 33 del cuaderno principal, sólo se produjo mediante Acuerdo No. 172, aprobado por el Concejo Municipal el 26 de febrero de 1993, o sea, cuando ya el Alcalde había hecho uso de las facultades concedidas en el referido acuerdo No. 142.

4–. Por lo demás, en lo atinente a la declaratoria de incumplimiento del contrato celebrado entre el municipio demandado y EMPOTOLIMA, a que se hace alusión en el escrito de sustentación del recurso, la Sala considera que no es del caso hacer pronunciamiento alguno al respecto ya que dicha pretensión no se formuló en la demanda, amén de que no es susceptible su acumulación en este proceso de nulidad de un acto administrativo.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA/CONTRALORIA DEPARTAMENTAL/AUTONOMIA ADMINISTRATIVA–Límites/**AUTONOMIA PRESUPUESTAL/PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL/GOBERNADOR**–Facultades/**PROYECTO DE ORDENANZA**

La autonomía administrativa y presupuestal que la Constitución Política, en sus artículos 267 y 272, atribuye a la Contraloría General de la República y por extensión a las contralorías departamentales, distritales y municipales, no es absoluta y sus límites se precisan a través de las Leyes que sobre el particular se encuentren vigentes, y que, en todo caso, dicha autonomía no puede llegar hasta desconocer la facultad expresa que el inciso final del artículo 300 de la Carta otorga al gobernador del departamento para presentar el proyecto de ordenanza por la cual se adopta el presupuesto de rentas y gastos del departamento, incluyendo en él los presupuestos de las diversas entidades departamentales, como la Contraloría. Pretender que la presentación del presupuesto de la Contraloría Departamental por parte del gobernador atenta contra la autonomía de los citados organismos de control, es tanto como si se pretendiera que la facultad de las asambleas para expedir dichos presupuestos es violatoria igualmente de dicha automomía.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2420. Actor: Aquiles Torres Bretón.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, de 7 de octubre de 1993.

I–. ANTECEDENTES

a.– El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

El ciudadano Aquiles Torres Bretón, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Santander, la declaratoria de nulidad de la Ordenanza No. 032 de 27 de noviembre de 1992, expedida por la Asamblea Departamental de Santander, "por la cual se fija el presupuesto general de la Contraloría Departamental de Santander para la vigencia fiscal del 1o. de enero al 31 de diciembre de 1993".

b.– Los hechos de la demanda

Los hechos que la parte actora cita como fundamento de sus pretensiones, pueden resumirse de la siguiente manera (fl. 75 cuaderno principal):

1.– La Ordenanza 032 de 1992, fue expedida por la Asamblea Departamental a iniciativa del señor Contralor Departamental de Santander, según constancia de la Secretaría General de la Asamblea.

2.– La Asamblea necesitaba la iniciativa del Gobernador para hacer uso de la atribución consagrada en el numeral 7 (sic) del artículo 300 de la Constitución Nacional, conforme al último inciso del numeral 11, del mismo artículo.

3.– Las partidas anuales para gastos totales de las Contralorías Departamentales, no pueden exceder el 2% de los presupuestos de los respectivos departamentos, de acuerdo con el artículo 245 de C.R.D. y el cupo autorizado por la Asamblea desbordó el límite establecido por dicha norma.

"Por medio de la Ordenanza 028 de 1992, se aprobó el presupuesto departamental por un monto de $47.700.000.000.oo, apropiándose para la Contraloría un presupuesto de $957'400.000.oo, equivalente aprox. al 2%, autorizado por la Ley. La Ordenanza demandada (032) considera otros ingresos, como aportes por auditajes a fondos rotatorios, a los municipios, venta papelería, préstamos aportes sede social, etc. Cifra que alcanza $1.141'548.000.oo, desconociendo el monto permitido por la Ley (245 C.R.D.) del 2%, y lo establecido por la citada Ordenanza 028 de 1992".

4.– Según la Constitución Nacional, artículo 272 y el C.R.D., artículo 244, son las contralorías las encargadas de efectuar el control fiscal y por esta razón es inadmisible que quien tiene la obligación legal de fiscalizar, incite a los entes auditados a infringir normas superiores.

c.– Las normas presuntamente violadas y el concepto de su violación

La parte actora considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación (fls. 76 y 77 del cuaderno principal):

Primer cargo.– La ordenanza 032 de 27 de noviembre de 1992, expedida por la Asamblea Departamental de Santander, transgrede el numeral 11 del artículo 300 de la Constitución Nacional, ya que según éste, la iniciativa para hacer uso de la atribución consagrada en el numeral 7 (sic) del artículo 300 de la Constitución debía provenir del gobernador y no del contralor como en efecto ocurrió.

Segundo cargo.– Violación del artículo 245 del Decreto 1222 de 1986 (C. de R.D.) ya que éste establece que las partidas anuales para gastos totales de las Contralorías Departamentales, no pueden exceder el 2% de los presupuestos de los respectivos departamentos y el cupo autorizado por la Asamblea desbordó dicho límite. También incurre en violación de la Ordenanza 028 de 1992, ya que esta aprobó el presupuesto departamental por un monto de $47.700.000.000.oo, apropiándose para la contraloría un presupuesto de $957'400.000.oo equivalente aproximadamente al 2% autorizado y el acto acusado considera otros ingresos alcanzando dicho presupuesto una cifra de $1.141'548.000.oo, desconociendo el monto del 2% (art. 245 C.R.D.) y lo establecido por la ordenanza 028 de 1992.

Tercer cargo.– Violación del artículo 272 de la Constitución Nacional y del artículo 244 del Decreto 1222 de 1986 (C. de R.D.), ya que es la Contraloría la que tiene que efectuar el control fiscal y es ella misma quien incita a los entes auditados a infringir normas superiores.

d.– Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión la parte demanda expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 92 a 106 y 119 a 124 del cuaderno principal):

El artículo 268 de la Constitución Nacional faculta al señor Contralor de la República para presentar proyectos de Ley relativos al Régimen de Control Fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General y el artículo 372 inciso 5o. de la misma establece que los contralores departamentales, distritales y municipales,

ejercerán en el ámbito de su jurisdicción las funciones que se atribuyen al Contralor General de la República en el artículo 268.

Si bien es cierto, no se menciona la facultad del contralor para tomar iniciativas en relación con el presupuesto nacional, para ejecer el control fiscal, que es su principal función, se deben crear disposiciones que regulen el manejo presupuestal, y el más capacitado para tomar tales iniciativas es el señor contralor del departamento, ya que conoce a fondo el manejo presupuestal de su jurisdicción y las necesidades más inmediatas.

Además de lo anterior, la Constitución Política, en su artículo 272, inciso 3o., concibe la contraloría como un ente que tiene total autonomía administrativa y presupuestal, por lo cual están autorizadas por la Ley para elaborar anualmente el proyecto de presupuesto de gastos.

Al efecto la Ley 42 de 1993, en su artículo 53 dice:

> "En desarrollo de los artículos 113, 117 y 267 de la Constitución Nacional, la Contraloría General de la República tiene su autonomía presupuestal, administrativa y contractual. La autonomía administrativa y contractual comprende el nivel regional".

Expresa la parte demandada que "de esta autonomía se deduce la independencia que debe haber entre el vigilante y el vigilado, es decir no cabe la posibilidad de concebir una unidad entre el ente fiscalizador y el ente fiscalizado, ya que sería permitir en forma negligente y deshonesta que la Gobernación manipulara a su arbitrio las actividades de vigilancia fiscalizadora de la Contraloría Departamental".

Lo anterior para deducir que el gobernador de Santander no puede intervenir en los asuntos administrativos, presupuestales y contractuales de la Contraloría Departamental por cuanto esta no es una dependencia de la Gobernación y por consiguiente no está sujeta a su control.

De otra parte, en cuanto al exceso del 2% en los aportes anuales para gastos totales de las Contralorías Departamentales, no puede confundirse lo que es el presupuesto del Departamento en general con el de la Gobernación, ya que los gastos presupuestados para el Departamento incluyen a los municipios y demás entidades descentralizadas y por ello deben rendir cuentas a la Contraloría Departamental y pagar los aportes por concepto de auditaje, para que la Contraloría pueda cumplir su función de vigilancia a las entidades territoriales del Departamento, lo cual sería imposible si no contara con el presupuesto para sufragar los gastos que ello conlleva.

"La Contraloría Departamental, no ha tocado para nada el presupuesto de la Gobernación de Santander, ya que no tiene relación alguna con este órgano departamental;

tampoco ha violado ninguna norma constitucional, ya que la misma Carta Política faculta al ente fiscalizador para tomar las medidas necesarias que le permitan vigilancia fiscal de todas las entidades descentralizadas y municipales del Departamento...".

En lo referente a las cuotas de auditaje, ellas son legales, tal como lo expone en su ponencia el Consejero de Estado, doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, al resolver la apelación del auto del 14 de febrero de 1992 del Tribunal Administrativo del Tolima, sobre este mismo tema: "En virtud de la Ley 38 de 1989, que es un desarrollo anticipado del capítulo 3o. del título XII de la Carta que nos rige y en especial de sus artículos 352 y 353 existe un solo presupuesto para la Nación y un solo presupuesto para cada uno de los departamentos y municipios siendo así el presupuesto un universo jurídico que comprende todos los ingresos y gastos de la administración según su nivel y de sus entes descentralizados...".

Es así como la Ley 38/89 concibe los ingresos de la Nación, departamentos y municipios como una totalidad proveniente de impuestos, rentas, etc., que éstos reciban o esperen recibir durante el año fiscal, y sobre esa universalidad es que el artículo 87 del Decreto 2819 de 1991 reglamentario de la Ley 38/89 ordena el pago a favor de las contralorías, de las cuotas de auditaje.

e.– La actuación surtida

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

– Por auto de 25 de marzo de 1993 (fl. 79 cuaderno principal) se admitió la demanda y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

– Por recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y mediante providencia de 4 de junio de 1993 (fls. 4 a 8 cuaderno No. 2), el Consejo de Estado resolvió revocar el ordinal segundo del auto de 25 de marzo de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante el cual se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado y en su lugar dispuso decretar dicha suspensión.

– Mediante auto de 28 de mayo de 1993 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron como tales los documentos allegados al expediente (fl. 113 del cuaderno principal).

– Por auto de 15 de junio de 1993 (fl. 114 del cuaderno principal) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, derecho del cual hizo uso únicamente la parte demandada (fls. 119 a 124 del cuaderno principal).

II–. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fls. 125 a 133 cuaderno principal):

No existe ni en la Constitución ni en la Ley norma que señale a qué funcionario corresponde presentar el proyecto de presupuesto de la Contraloría. El artículo 300 numeral 5 de la Constitución Nacional estipula que las Asambleas Departamentales son las encargadas de expedir las normas orgánicas del presupuesto departamental, el cual cubre a las contralorías por ser entidades de control del orden departamental; sin embargo, a pesar de corresponder a las Asambleas dicha función, sus miembros no tienen facultad legal para presentar los anotados proyectos, ya que ésta es una facultad expresamente atribuida por la Constitución a los gobernadores, según lo dispone el artículo 300 numeral 11 inciso segundo de la Carta.

En relación con la autonomía administrativa y presupuestal que invoca a su favor la demandada, ella no es absoluta, ya que la aprobación del presupuesto compete a la Asamblea y la presentación del respectivo proyecto corresponde hacerla al jefe de la administración departamental, es decir, al gobernador del departamento.

III–. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En su escrito de apelación el recurrente considera, en síntesis, lo siguiente (fls. 135 y 136, cuaderno principal):

La iniciativa para presentar el proyecto de presupuesto de la Contraloría Departamental corresponde al Contralor del Departamento, según lo dispone el artículo 272 de la C.N. Además de lo anterior, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 268 numeral 9 de la Constitución Nacional, el Contralor General de la República tiene competencia para: "presentar proyectos de Ley relativos al régimen de control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General".

Por las razones anteriores y siendo la Contraloría un ente con autonomía administrativa y presupuestal, no existe duda alguna, respecto a la iniciativa del contralor para presentar proyectos de ordenanza sobre el presupuesto de la Contraloría de Santander, ya que "la iniciativa para presentar el referido proyecto precisamente se enmarca dentro de la autonomía que la Constitución Nacional le otorga en la forma arriba transcrita".

IV–. LA IMPUGNACION DEL RECURSO

La parte demandante no se presentó en el curso de esta instancia a impugnar el recurso interpuesto.

V–. EL CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora agente del Ministerio Público ante la Sección Primera de esta Corporación no rindió concepto en esta instancia.

VI–. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El fundamento de la apelación que ha dado lugar a esta segunda instancia se centra en que la parte demandada considera que la iniciativa para presentar el proyecto de presupuesto de la Contraloría Departamental corresponde al Contralor Departamental, con fundamento en los artículos 268 numeral 9 y 272 de la Constitución, y no al gobernador como lo considera el Tribunal en su sentencia de primera instancia.

Al respecto, para mayor precisión, la Sala transcribe a continuación las partes pertinentes de las normas constitucionales citadas por la parte demandada:

> "Artículo 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:
>
> "9. Presentar proyectos de Ley relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General".
>
> "Artículo 272... Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268...".

Frente a los argumentos anteriores, el Tribunal aduce el artículo 300 numerales 5 y 11 de la Carta, para concluir que la iniciativa para presentar proyectos como el que dio origen al acto demandado es una facultad expresamente atribuida a los gobernadores.

Dice el artículo 300 de la Constitución en el numeral 5 y en el último inciso, que no hace parte propiamente del numeral 11 sino de todo el artículo:

> "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.
>
> "...
>
> "Las Ordenanzas a que se refieren los numerales 3, 5 y 7 de este artículo, las que decreten inversiones, participaciones o sesiones de rentas y bienes departamentales

y las que creen servicios a cargo del departamento o lo traspasen a él, solo podrán ser dictadas o reformadas a iniciativa del Gobernador".

Del análisis comparativo de las normas anteriores, para la Sala no hay duda de que asiste razón al Tribunal por lo siguiente:

1.– Porque como lo expresó el Tribunal en su sentencia, la autonomía administrativa y presupuestal que invoca en su favor la parte demandada, "no puede entenderse como independencia absoluta porque la aprobación del presupuesto desde luego que compete a la Asamblea y la presentación del respectivo proyecto corresponde hacerlo al jefe de la administración departamental, esto es, al Gobernador".

2.– Porque, como también hace notar el Tribunal, "el principio de autonomía no puede desconocer en ningún momento la Ley orgánica del presupuesto o Ley 38 de 1989, que si bien es cierto es del orden nacional, también es aplicable a las entidades territoriales como los municipios y departamentos de conformidad con el artículo 94; y no se puede desconocer en el sentido que allí se dispone, artículo 36, que quien debe presentar el proyecto de presupuesto al organismo corporativo correspondiente para su aprobación, es el Gobierno, de donde se infiere que a nivel departamental es el gobernador; es a él a quien compete presentar el proyecto de presupuesto tanto del departamento como de la contraloría a consideración de la Asamblea".

3.– Porque, como lo expresó esta Sala en el auto mediante el cual se decretó la suspensión provisional de la ordenanza acusada, "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 solo puede ser expedida a iniciativa del gobernador, ello significa que, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 305-4 ibídem, 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".

4.– Porque, como lo hace notar la misma apoderada del departamento en la contestación de la demanda (fl. 97 del cuaderno No. 3), de acuerdo con el artículo 54 de la Ley 42 de 1993, que si bien es posterior al acto demandado, sirve de referencia para el análisis de la autonomía de los organismos encargados del control fiscal (agrega la Sala), "en ejercicio de la autonomía presupuestal, la Contraloría General de la República elaborará cada año su proyecto de presupuesto de gastos o de apropiaciones para ser presentado a la Dirección General de Presupuesto, quien lo incorporará al respectivo proyecto de Ley de que se someterá a la consideración del Congreso de la República".

De todo lo anterior la Sala concluye que la autonomía administrativa y presupuestal que la Constitución Política, en sus artículos 267 y 272, atribuye a la Contraloría General

de la República y por extensión a las contralorías departamentales, distritales y municipales, no es absoluta y sus límites se precisan a través de las Leyes que sobre el particular se encuentran vigentes, y que, en todo caso, dicha autonomía no puede llegar hasta desconocer la facultad expresa que el inciso final del artículo 300 de la Carta otorga al gobernador del departamento para presentar el proyecto de ordenanza por la cual se adopta el presupuesto de rentas y gastos del departamento, incluyendo en él los presupuestos de las diversas entidades departamentales, como la Contraloría.

Lo anterior quiere decir que la facultad de las contralorías de presentar proyectos relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de las mismas esta necesariamente limitada por los casos en que la misma Constitución consagra la iniciativa exclusiva del Ejecutivo para presentar el respectivo proyecto sobre una materia determinada, como ocurre precisamente con los proyectos de presupuesto anual de rentas y gastos.

Pretender que la presentación del presupuesto de la contraloría departamental por parte del gobernador atenta contra la autonomía de los citados organismos de control, es tanto como si se pretendiera que la facultad de las asambleas para expedir dichos presupuestos es violatoria igualmente de dicha autonomía.

Son suficientes las consideraciones anteriores para proceder a confirmar la sentencia apelada.

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.– CONFIRMASE la sentencia recurrida en apelación por la parte demandada, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 7 de octubre de 1993.

Segundo.– En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

GOBERNADOR/ORDENANZA DE FACULTADES/FACULTADES PRO TEMPORE–Lapso/**ANALOGIA**–Improcedencia

De la simple lectura del artículo 300-9 de la Carta Política, que fue precisamente el invocado por la ordenanza cuya legalidad se discute en este proceso, y de sus claros términos, para la Sala resulta induditable que el lapso en ella establecido para que el gobernador ejerciera facultades propias de la Asamblea, es decir, durante el período de tiempo comprendido entre el 2 de enero y el 30 de diciembre de 1992, se aviene en un todo a dicha norma constitucional, toda vez que los únicos requisitos que ella establece para tales efectos son los de precisión en cuanto a las materias y el de que tales autorizaciones se otorguen pro témpore y no indefinidamente. Por ello la Sala considera que no asiste razón al apelante cuando sostiene que el lapso máximo por el que las Asambleas pueden conceder dichas autorizaciones es de seis meses, que concreta el artículo 150-10 de la Constitución respecto de las facultades extraordinarias que el Congreso puede otorgar al Presidente de la República para "... expedir normas con fuerza de Ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje", pues si el constituyente de 1991 hubiese estimado que dicha limitante temporal debía extenderse al nivel departamental, así hubiese procedido al expedir la nueva Carta Política, y no, como procedió en efecto, a preservar en favor de las Asambleas la facultad que consagraba el artículo 187-10 del anterior ordenamiento constitucional, de determinar autónomamente el lapso que, en su criterio, consideren necesario para que el gobernador ejerza las autoridades que ellas le confieran. Además de lo anterior, la Sala hace notar al actor, que conforme a lo dispuesto por el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887, la aplicación analógica de las normas solo tiene lugar "cuando no haya Ley exactamente aplicable al

caso controvertido", lo cual, como se analizó, no se presenta en el asunto sub exámine.

EMPLEADO DEPARTAMENTAL/ESCALA DE REMUNERACION/ GOBERNADOR–Facultades

Si bien es cierto, que por Ordenanza No. 002 de 20 de noviembre de 1991 la Asamblea ya había dispuesto que a partir del 1o. de enero de 1992 se increnentarían en un 26% las asignaciones civiles del personal administrativo no sindicalizado al servicio del departamento y de sus establecimientos públicos, tal circunstancia no constituía impedimento constitucional o legal alguno para que posteriormente la misma Corporación, en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 300-9 de la Constitución Política, autorizara al gobernador por medio del acto acusado para, entre otros efectos, determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, pues, en virtud de este último mandato, dicho funcionaro fue investido de la facultad de modificar lo dispuesto con anterioridad por la Ordenanza No. 002 de 1991, mediante la expedición de los correspondientes Decretos con fuerza ordenanzal.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2791. Actor: José Jesús Laverde Ospina.

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 Quindío, de fecha 10 de diciembre de 1993.

I–. ANTECEDENTES

a.–El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

El ciudadano José Jesús Laverde Ospina, obrando en nombre propio y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo del Quindío la nulidad de la Ordenanza 005 de 10 de diciembre de 1991,

expedida por la Asamblea del departamento del mismo nombre, "por medio de la cual se conceden unas autorizaciones pro tempore al gobernador del departamento para modificar la estructura administrativa de la Administración Departamental, determinar las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo y se dictan unas disposiciones".

b.– El acto acusado

Mediante dicho acto, expedido por la Asamblea Departamental del Quindío "... en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las que se refiere el artículo 300 ordinal 7o. y 9o. de la Constitución Nacional", se autorizó al gobernador para que dentro del lapso comprendido entre el 2 de enero y el 30 de diciembre de 1992 y "... previos estudios técnicos modifique la estructura administrativa de la administración departamental, determine las funciones de sus dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleos, con el fin de que le permita cumplir con un mayor criterio administrativo las labores de la gestión pública adecuado su organización al nuevo proceso de descentralización del país" (arts. 1o. y 4o.); se dispuso que, para efecto de las autorizaciones concedidas, el gobernador tendría en cuenta las propuestas que le formulase la Comisión de la Mesa de la Corporación (art. 2o.); se autorizó al gobernador para "... efectuar los traslados, adiciones y demás movimientos presupuestales necesarios, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente ordenanza", (art. 3o.), y se determinó la fecha de su vigencia (art. 5o.).

c.– Las normas presuntamente violadas y el concepto de su violación

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación (fls. 33 a 36 del cuaderno principal):

Primer cargo.– El acto acusado incurre en violación del artículo 4o. inciso primero de la Constitución, pues en virtud de sus mandatos el gobernador bien pudo considerarlo como inexistente por quebrantar la Carta Política.

Segundo cargo.– La ordenanza demandada quebranta el artículo 6o. de la Constitución, ya que confirió al gobernador facultades pro tempore por el lapso de 9 meses cuando sólo podía hacerlo hasta por un máximo de 6 meses.

Tercer cargo.– La ordenanza 005 de 10 de diciembre de 1991 viola el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Nacional, el cual es aplicable analógicamente al artículo 300 numeral 9o. del mismo texto, pues la Corte Constitucional en sentencia No. C-511 de 3 de septiembre de 1992, de la cual fue ponente el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, señala que al Ejecutivo Nacional solamente se le puede investir de facultades extraordinarias hasta por un término de seis (6) meses conforme al artículo 150 numeral

10o. de la Constitución Nacional, "procedimiento que por analogía y por regular igual materia, debe ser observada y aplicada para el Ejecutivo Departamental por parte de la Honorable Asamblea del Departamento".

Por lo expresado, se puede ver que la Asamblea del Departamento hizo mal uso de la facultad conferida por el numeral 9 del artículo 300 de la Carta Política, al investir al gobernador por un término de 9 meses de facultades extraordinarias para que hiciera uso de las atribuciones señaladas en el artículo 300 numeral 7 de la Constitución Nacional y, con mayor razón si se tiene en cuenta que dichas facultades ya habían sido agotadas por la misma Asamblea en virtud de lo dispuesto en el artículo 1o. de la Ordenanza No. 002 de noviembre 20 de 1991, el cual es del siguiente tenor:

> "ARTICULO PRIMERO: A partir del primero de enero de 1992, auméntase en un veintiséis por ciento (26%), las asignaciones civiles al personal administrativo No Sindicalizado, al servicio del Departamento y de los Establecimientos Públicos del orden Departamental".

Lo anterior a la luz de la hermenéutica Constitucional y Administrativa demuestra que, a la Duma del Departamento, no le era dable "... hacer uso del numeral 7o. del artículo 300 de la Constitución Nacional, más de una vez y como está demostrado ya se había precluido esta facultad al expedir la Ordenanza No. 002 de noviembre 20 de 1991".

d.– Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión la parte demandada expresa que la ordenanza cuya nulidad se pretende fue expedida conforme a las facultades que la Constitución otorga a las Asambleas (art. 300 numerales 7 y 9) y que no es posible aplicar analógicamente el artículo 150-10 de la Carta Política, pues él se instituyó específicamente para el nivel nacional y no el departamental (fls. 46 a 59 Cdno. No. 2 y 75 a 84 Cdno. Ppal.).

e.– La actuación surtida

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 4 de febrero de 1993 se admitió la demanda (fl. 39 del Cdno. Ppal.).

Mediante proveído de 10 de mayo de 1993 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las pedidas por las partes (fl. 54 del Cdno. Ppal.).

Por auto de 21 de septiembre de 1993 (fl. 74 del Cdno. Ppal.) se corrió traslado a las partes y al señor agente del Ministerio Público para alegar de conclusión, derecho del cual hizo uso únicamente la parte demandada (fl. 75 del Cdno. Ppal.).

II–. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fl. 87 a 94 del Cdno. Ppal.):

En relación con el primer cargo se considera que el concepto de violación manifestado por el actor es insuficiente, pues no aclara el por qué a través de la ordenanza acusada se transgrede la Constitución.

En relación con el segundo cargo, como lo ha dicho en varias oportunidades el Honorable Consejo de Estado, el artículo 6o. de la Constitución Nacional, "constituye principio de carácter general no susceptible de violación directa como lo pretende hacer ver el actor, sino en forma indirecta a través de la transgresión, esta sí directa de las normas que lo desarrollan. Se haría necesario entonces, predicar la violación de las Leyes, Decretos o reglamentos que señalan las funciones de la Asamblea y del Gobernador en el caso debatido, para poder hablar de omisión o extralimitación en las mismas".

En relación con el tercer cargo, y en lo referente con la aplicación analógica del artículo 150 numeral 10 de la Carta Política al 300-9 ibídem, no es dable al accionante atribuirse el papel de constituyente y extender la limitante de determinado texto normativo a otro que carece de determinación en ese aspecto. La primera norma citada establece un término de seis (6) meses, mientras la segunda autoriza un término "PRO TEMPORE", es decir, "POR TIEMPO LIMITADO", "pero dejando al arbitrio de la Asamblea el precisar hasta qué punto limita en concreto dicho lapso, lo que en realidad se hizo señalando nueve (9) meses para el efecto, sin que ello constituya transgresión constitucional o legal alguna...".

Ahora bien, en cuanto a que la Asamblea Departamental con la expedición de la Ordenanza No. 002 de noviembre 20 de 1991 había agotado las facultades que se le otorgaron al Gobernador para ejercer determinadas atribuciones, cabe decir que "el actor no cita norma constitucional o legal alguna que limite la función de aumentar los salarios públicos por una sola vez en cada vigencia anual, ni la Sala tiene conocimiento de que tal normatividad exista, y que en realidad se haya impuesto tal restricción a través de dicho medio".

III–. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las razones que se sintetizan a continuación (fls. 95 a 98 de Cdno. Ppal.):

El artículo 150 numeral 10 de la Constitución Nacional, autoriza al Congreso para investir de facultades pro tempore al Ejecutivo Nacional por un término de seis (6) meses; al autorizar el artículo 300 numeral 7 de la Carta a las Asambleas Departamentales para investir de facultades pro tempore al Gobernador, tratándose de igual materia, el término debe ser igual.

Por otra parte, la Ley 3a. de 1986, en su artículo 11, es clara al señalar que "no se puede superar el monto de los gastos fijados para las distintas escalas de remuneración durante la respectiva vigencia fiscal", razón por la cual no podían el gobernador y sus secretarios aumentarse el salario por segunda vez, ya que su escala de remuneración ya la había señalado la Asamblea del Departamento a iniciativa del Gobernador, "asignaciones civiles que estaban en vigencia desde el 1o. de enero de 1992 en un porcentaje del 26 por ciento para todo el personal no sindicalizado del orden departamental". En otras palabras, al determinar la Asamblea Departamental del Quindío por medio de Ordenanza las distintas escalas de remuneración para la vigencia fiscal del primero (1o.) de enero al treinta y uno (31) de diciembre de 1992 en cuanto a todos los empleados no sindicalizados del orden departamental, "... le quedaba precluída la facultad para regular esa misma materia dentro del mismo período fiscal por segunda vez".

De otra parte "... no le era dable sin violar la misma Constitución o colocarse en el campo de los particulares, proceder la Honorable Asamblea del Departamento a investir al Gobierno Departamental para ejercer facultades y funciones propias de la Corporación Administrativa que ya anteladamente las había ejercido por medio de la ordenanza que hace parte del proceso...".

De otro lado, las reestructuraciones que realizó el gobernador del departamento en uso de las facultades que le fueron conferidas por la Asamblea, se debieron prever cuando se estaba estructurando el presupuesto para el departamento y no cuando éste ya se había aprobado en todas sus partidas, ya que al incrementar los gastos de asignaciones civiles, se veían obligados el gobernador y su secretario de Hacienda a modificar partidas y rubros preestablecidos para los servicios personales, aforados dentro del presupuesto para la vigencia fiscal de 1992.

Al efecto, es procedente transcribir el artículo 232 del Código de Régimen Departamental que establece lo siguiente:

"Artículo 232. La determinación de las plantas de personal, o sea la creación, supresión y fusión de cargos en la administración departamental corresponde a los Gobernadores. Esta función se cumplirá con sujeción estricta a las normas que expidan las Asambleas sobre nomenclatura, clasificación y remuneración de empleos, y sin que se puedan crear a cargo del tesoro departamental obligaciones que superen el monto fijado en el presupuesto inicialmente aprobado para el pago de servicios personales...".

IV–. LA IMPUGNACION DEL RECURSO

A su vez, la parte demandada, en su alegato de conclusión en esta segunda instancia, se opone a las pretensiones del recurrente con base en las razones que se resumen a continuación (fls. 15 a 25 del Cdno. No. 3):

Se reiteran los puntos de vista expuestos en la contestación de la demanda y en los alegatos surtidos en la primera instancia y se insiste especialmente en que el principio fundamental contenido en el artículo 4o. de la Constitución no es susceptible de ser violado en forma directa. Además, agrega, no se probó cómo la ordenanza acusada infringió el canon constitucional mencionado; igual apreciación se puede hacer en relación con el artículo 6o. del mismo texto, pues el demandante "no indicó concretamente la violación de las Leyes, Decretos o reglamentos que señalan las funciones de la Asamblea y del ejecutivo departamental".

Tampoco es posible inferir una aplicación analógica del contenido del artículo 150 numeral 10 al artículo 300 numeral 9 ya que el primero de ellos fija un lapso de 6 meses para el ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República, mientras que el segundo simplemente establece que las facultades que se otorgarán al Gobernador son por tiempo limitado, dejando a la Asamblea la facultad y libertad de fijar dicho lapso, que fue lo que efectivamente hizo con la expedición de la Ordenanza No. 005 de diciembre 10 de 1991.

Además de lo anterior, la citada ordenanza fue expedida sin lugar a dudas "... conforme a las facultades que la Constitución Política le otorga a las Asambleas Departamentales, según lo estipula el artículo 300 numerales 7 y 9, partiendo de la iniciativa del mandatario seccional, según el numeral 11, y en pruridad de verdad, cumpliendo las exigencias ordenadas por el mismo acto administrativo hoy en contención".

El ejecutivo departamental tenía plenas facultades y no se extralimitó en el ejercicio de las mismas sino que emitió varios actos administrativos, llevando a ejecución el contenido de la ordenanza.

Finalmente, el jefe seccional obró conforme a la Ley, teniendo en cuenta los estudios técnicos, ya que existen pruebas testimoniales y documentales, así como el

convenio suscrito entre el Departamento del Quindío, la Fiduciaria del Estado y el Corpes de Occidente, que lo certifican; igualmente se tuvo en cuenta el estudio realizado por la Comisión de la Mesa de la Asamblea Departamental que aprobó el proyecto de ordenanza y no es cierto que la Asamblea se haya extralimitado en sus funciones al conceder unas facultades al Gobernador, por cuanto tampoco se puede afirmar que ya se había agotado el derecho que tenía de incrementar nuevamente los salarios con la Ordenanza No. 002 de noviembre 20 de 1991, ya que no existe normatividad que expresa o tácitamente haya estipulado tal prohibición.

V–. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Delegada ante esta Corporación, considera, en esencia, lo siguiente (fls. 13 y 14 del Cdno.No. 3):

La Asamblea Departamental, al expedir la ordenanza impugnada, se ciñó a los mandatos constitucionales, en razón de que es a ella a quien corresponde, según los numerales 7 y 9 del artículo 300 de la Constitución Nacional, "determinar la estructura administrativa departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración y la delegación pro tempore de precisas funciones de las que corresponde a tales corporaciones".

De otro lado, el estudio y demás requisitos que establecía la ordenanza debían cumplirse para efecto de su ejecución fueron realizados previamente, y discutidos y aprobados por la Comisión de la Mesa de la Asamblea, los cuales comprendían lo relacionado con el presupuesto, "soportados en el concepto de Corpes de Occidente".

Como quiera que el desarrollo de la ordenanza demandada "... ya no es objeto de estudio, por no ser objeto de impugnación en este proceso... (...) ... es imposible establecer la fecha a partir de la cual se autorizaron los reajustes remunerativos en las diferentes escalas que, sobra poner de presente, causa especial preocupación al actor".

Por lo expuesto se solicita la confirmación de la sentencia apelada.

VI–. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Son tres los cargos que formula el apelante contra la sentencia de primera instancia, a saber:

a) Debido a que el artículo 150-10 de la Constitución Política consagra que el Congreso solo puede revestir de facultades extraordinarias al Presidente de la República hasta por seis meses para expedir normas con fuerza de Ley, la Asamblea Departamental del Quindío no podía exceder dicho término para que el Gobernador ejerciera las facultades que le confirió la ordenanza acusada.

b) Como quiera que al expedir la Ordenanza No. 002 de 20 de noviembre de 1991 la Asamblea ya había establecido el porcentaje de incrementos salariales de los empleados del departamento para el año de 1992, dicha Corporación no podía autorizar al Gobernador por medio del acto acusado para regular la misma materia.

c) Los actos dictados en ejecución de las autorizaciones conferidas por la ordenanza acusada implicaron la creación de obligaciones a cargo del Tesoro Departamental que superaron el monto fijado en el presupuesto para el pago de servicios personales, violándose de esta manera el artículo 232 del Código de Régimen Departamental.

En relación con cada uno de dichos cargos y en el orden anotado, se considera lo siguiente:

a) De la simple lectura del artículo 300-9 de la Carta Política, que fue precisamente el invocado por la ordenanza cuya legalidad se discute en este proceso, y de sus claros términos, para la Sala resulta indubitable que el lapso en ella establecido para que el Gobernador ejerciera facultades propias de la Asamblea, es decir, durante el período de tiempo comprendido entre el 2 de enero y el 30 de diciembre de 1992, se aviene en un todo a dicha norma constitucional, toda vez que los únicos requisitos que ella establece para tales efectos son los de precisión en cuanto a las materias y el de que tales autorizaciones se otorguen pro témpore y no indefinidamente. Por ello la Sala considera que no asiste razón al apelante cuando sostiene que el lapso máximo por el que las Asambleas pueden conceder dichas autorizaciones es de seis meses que concreta el artículo 150-10 de la Constitución respecto de las facultades extraordinarias que el Congreso puede otorgar al Presidente de la República para "... expedir normas con fuerza de Ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje", pues si el constituyente de 1991 hubiese estimado que dicha limitante temporal debía extenderse al nivel departamental, así hubiese procedido al expedir la nueva Carta Política, y no, como procedió en efecto, a preservar en favor de las asambleas la facultad que consagraba el artículo 187-10 del anterior ordenamiento constitucional, de determinar autónomamente el lapso que, en su criterio, consideren necesario para que el Gobernador ejerza las autorizaciones que ellas le confieran.

Además de lo anterior, la Sala hace notar al actor que, conforme a lo dispuesto por el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887, la aplicación analógica de las normas solo tiene lugar "cuando no haya Ley exactamente aplicable al caso controvertido", lo cual, como se analizó, no se presenta en el asunto *sub-exámine.*

b) Si bien es cierto, como está acreditado en el proceso (fls. 1 y 2 cuaderno principal No. 1), que por Ordenanza No. 002 de 20 de noviembre de 1991 la Asamblea ya había dispuesto que a partir del 1o. de enero de 1992 se incrementarían en un 26% las asignaciones civiles del personal administrativo no sindicalizado al servicio del

Departamento y de sus establecimientos públicos, tal circunstancia no constituía impedimento constitucional o legal alguno para que posteriormente la misma Corporación, en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 300-9 de la Constitución Política, autorizara al Gobernador por medio del acto acusado para, entre otros efectos, determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, pues, en virtud de este último mandato, dicho funcionario fue investido de la facultad de modificar lo dispuesto con anterioridad por la Ordenanza No. 002 de 1991, mediante la expedición de los correspondientes Decretos con fuerza ordenanzal.

c) Al igual que los ya analizados, para la Sala también carece de vocación de prosperidad el tercer cargo formulado por el apelante en contra de la sentencia de primera instancia, pues además de que la violación normativa que en él se alega no fue planteada en la demanda, los actos que la fundamentan, de existir, no son objeto de ninguna pretensión anulatoria.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero.– CONFIRMASE la sentencia recurrida en apelación por el ciudadano José Jesús Laverde Ospina, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 10 de diciembre de 1993.

Segundo.– En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serranó, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

SOBRETASA AL CONSUMO DE GASOLINA/FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA/EXTRALIMITACION DE FUNCIONES/CONGRESO DE LA REPUBLICA/COMPETENCIA

El legislador, en este caso, a través de la Ley 86 de 1989 y en ejercicio de competencias constitucionales, determinó el marco legal dentro del cual la autoridad administrativa podía establecer la sobretasa que fuera necesaria para atender las erogaciones causadas por la construcción del sistema de transporte masivo de pasajeros del Valle de Aburrá y prioritariamente el servicio de la deuda. Sin embargo, el Ministerio de Minas y Energía al fijar el precio del combustible para la ciudad de Rionegro desbordó ese marco legal cuando después de considerar que dicha localidad no recibe el combustible de la planta de abastecimiento ubicada en el Valle del Aburrá establece una condición no prevista en la Ley, y excluye a Rionegro del cobro de la sobretasa, en detrimento de su potestad impositiva, que respalda el artículo 338 de la Constitución Política. DECRETA LA NULIDAD de la Resolución No. 3 1195 de 24 de junio de 1993, expedida por el Ministerio de Minas y Energía.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2677. Resoluciones Ministeriales. Actor: John Jairo Zapata Hoyos.

Procede la Sala a dictar sentencia de única instancia dentro del proceso de nulidad instaurado por el actor de la referencia contra la Resolución número 3 1195 del 24 de junio de 1993, expedida por el Ministro de Minas y Energía, "por la cual se modifica parcialmente la resolución No. 3 2780 de diciembre 28 de 1992".

HECHOS DE LA DEMANDA

La Sala los resume así:

Por resolución 3 2780 de diciembre 28 de 1992 y con fundamento en el artículo 6o. de la Ley 86 de 1989, el Ministerio de Minas fijó el precio de los productos derivados del petróleo, estableciendo el precio por galón para las plantas de abastecimiento y precio máximo al público en surtidor, de la siguiente manera:

	Precio en planta de abasto	**Precio al público en surtidor**
Gasolina motor corriente	$614.91	$644.oo
Gasolina motor extra	$759.12	$798.oo
Quesorene y A.C.P.M.	$551.oo	$587.oo

La resolución acusada modifica los precios de los combustibles para la ciudad de Rionegro, así:

	Precio en planta de abasto	**Precio al público en surtidor**
Gasolina motor corriente	$555.91	$585.oo
Gasolina motor extra	$686.12	$725.oo
Quesorene y A.C.P.M.	$550.oo	$586.oo

La modificación de los precios obedeció a la consideración de que el municipio de Rionegro no se abastece de la planta ubicada en el Valle del Aburrá, sino que lo hace del poliducto planta La María, Aeropuerto José María Córdoba, por lo que entonces no cumple la condición fijada en el capítulo III de la Ley 86 de 1989 para el cobro de la sobretasa a la gasolina en el Valle del Aburrá.

En la planta La María ubicada en Medellín y por ende en el Valle del Aburrá, se abastece, TERPEL de Antioquia S.A., del combustible que trae Ecopetrol desde Barrancabermeja, para comercializarlo en el Municipio de Rionegro.

NORMAS QUE SE CITAN COMO VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

En el libelo se citan como normas violadas las contenidas en los artículos 121, 150 numeral 10, 294, 338 y 362 de la Constitución Nacional.

Del concepto de violación expresando en la demanda se deducen contra el acto acusado los cargos que a continuación se sintetizan:

La Resolución 3 1195, fue expedida por funcionario incompetente, pues en materia tributaria es la Ley la encargada de fijar el hecho o materia imponible.

La finalidad del Ministerio fue la de excluir del precio del combustible el 10% de la sobretasa a la gasolina a motor para la localidad de Rionegro Antioquia, para lo cual no tiene competencia.

La competencia para determinar el hecho gravable, su cuantía, el recaudo y su depósito le corresponde a ECOPETROL, por mandato de los artículos 6 y 12 de la Ley 86 de 1989 y su Decreto reglamentario 453 de 1990.

El Ministerio de Minas y Energía no tiene competencia para derogar parcialmente el artículo 6o. de la Ley 86 de 1989. La competencia, en tiempos de normalidad insitituciona la tiene el legislador y en estado de guerra, conmoción interior o emergencia económica social y ecológica, el Presidente de la República con la firma de todos los ministros, en los términos de los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución Nacional.

RAZONES DE LA DEFENSA

Fueron expresadas por el señor apoderado de la Nación –Ministerio de Minas y Energía–, tanto en la contestación de la demanda como en el alegato de conclusión y pueden resumirse en los siguientes términos:

No se evidencia que con la Resolución 3 1195 el Ministerio hubiere ejercido funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y la Ley, toda vez que el acto se dictó dentro de la órbita del Decreto 2119 de 1992.

No se ha violado el inciso 3o. del numeral 10 del artículo 150 de la Carta Política, en razón a que no se han expedido códigos ni Leyes estatutarias para decretar impuestos.

La sobretasa tributaria no fue impuesta por el Ministerio de Minas, sino por la Ley 86 de 1989. Otra cosa es que el señor ministro en virtud de lo dispuesto en el Decreto 2119 haya regulado lo concerniente a dicha tasa.

El Ministerio de Minas y Energía no ha fijado tributo alguno, únicamente reguló de manera específica por mandato del Decreto Ley 2119 y de la Ley 86 de 1989 sobre qué municipio era aplicable la sobretasa.

Establecido como se encuentra que el municipio de Rionegro no se aprovisiona de gasolina en la planta ubicada en el Valle de Aburrá, sino que la recibe directamente del oleoducto planta La María, Aeropuerto José María Córdoba, mal podía entonces tenérsele como usufructuario del tributo establecido en la Ley 86 de 1989, cuando territorial y geográficamente dicho municipio se encuentra por fuera de los linderos de la enmarcación precisa de los ayuntamientos que conforman el área específica del Valle del Aburrá .

La parte demandada al contestar el libelo invoca la excepción de "Inexistencia de la nulidad impetrada" porque no se patentiza en este debate la violación a que hace referencia el doctor Zapata Hoyos con ocasión de la expedición de la resolución 3-1195 de 24 de junio de 1993, por cuanto se insiste, la misma se expidió bajo precisas facultades legales, por ello, mal puede hablarse entonces de nulidad cuanto el acto es a todas luces constitucional y legal".

ALEGATO DE CONCLUSION DE LA PARTE DEMANDANTE

Después de considerar que el acto demandado fue derogado por la resolución 3 2500 del 27-12-93 por la cual se fijó la nueva estructura de precios para la gasolina y otros productos, pero que tal circunstancia no puede conducir a un fallo inhibitorio, el actor reitera el planteamiento de la demanda en el sentido de que el Ministro de Minas y Energía no tiene competencia para fijar, aumentar, disminuir, reglamentar el monto de la sobretasa a la gasolina creada por el artículo 6o. de la Ley 86 de 1989, por cuanto esa competencia está reservada al legislador, ni puede con una resolución derogar parcialmente la precitada norma en virtud de la cual se creó la sobretasa a la gasolina y fijó el hecho imponible y su base gravable.

Se agrega luego que con la resolución impugnada se creó una nueva condición que no traía el artículo 6o. de la Ley 86 como que el Municipio quede en el Valle de Aburrá, pues la Ley solo trae como hecho gravable el abastecimiento en la planta de abasto "La María".

INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Séptima Delegada ante la Corporación considera que la resolución acusada es contraria a la Ley, por lo cual debe declararse su nulidad.

Fundamenta su apreciación en que la única circunstancia prevista por la Ley 86 para efectuar el cobro de la sobretasa sobre las ventas de Ecopetrol a la planta de

abastecimiento ubicada en el Valle de Aburrá es justamente que la venta la realice Ecopetrol en dicha planta, y que se halla establecido que la planta La María está ubicada en el sitio El Bosque en el municipio de Medellín, obviamente localizado en el Valle de Aburrá.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término se refiere la Sala a la excepción propuesta por la parte demandada denominada por ella "Inexistencia de la nulidad impetrada", para considerar que no tiene vocación de prosperidad, pues como sustento de ella se limita el proponente a manifestar que la resolución causada "se expidió bajo precisas facultades", sin que se exprese el hecho impeditivo, modificativo o extintivo que pueda servir de fundamento para atacar con éxito la acción invocada.

En relación con el fondo del asunto planteado se tiene que de conformidad con lo establecido en el artículo 6o. de la Ley 86 de 1989, "para atender las erogaciones causadas por la construcción del sistema de transporte masivo de pasajeros del Valle de Aburrá, y prioritariamente el servicio de la deuda, se cobrará una sobretasa al consumo de la gasolina motor del 10% de su precio al público sobre las ventas de Ecopetrol en la planta de abastecimiento ubicada en el Valle de Aburrá a partir del 1o. de enero de 1990".

Al tenor de lo dispuesto en la disposición precitada y tal como lo observa atinadamente la Procuradora Séptima Delegada ante la Corporación, la sobretasa opera sobre las ventas que realice Ecopetrol en la planta de abastecimiento del Valle de Aburrá.

No es condición para el cobro de la sobretasa la ubicación dentro del Valle de Aburrá del municipio beneficiado, en este caso el de Rionegro, como parece entenderlo la resolución acusada cuando en dos de sus considerandos y con base en el oficio 2244 de 16 de marzo de 1993 del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", lo excluye de la conformación de dicho Valle.

Si el municipio consume gasolina de una planta de abastecimiento que tenga Ecopetrol en el Valle de Aburrá está sujeto al cobro de la sobretasa de que trata el artículo 6o. de la Ley 86 de 1989.

En el caso de autos se halla establecido que el municipio se surte de la planta de almacenamiento y distribución "La María" que tiene Ecopetrol en el municipio de Medellín, localizado desde luego en el Valle de Aburrá, según el oficio ya citado del Instituto Geográfico Agustín Codazzi. De esta planta el combustible lo transporta Terpel Antioquia por poliducto al Municipio de Rionegro (folios 38 y 39).

No está entonces en lo cierto el Ministerio de Minas y Energía cuando en el segundo considerando de la resolución acusada afirma "Que el municipio de Rionegro, Antioquia, no se abastece de gasolina en la planta ubicada en el Valle de Aburrá...". La circunstancia anterior constituye una falsa motivación que da lugar a la declaratoria de nulidad del acto impugnado.

De otra parte cuando el Ministerio de Minas y Energía a través de la Resolución 3 1195 de 1993, modifica los precios de los combustibles en la ciudad de Rionegro tomando como base un requisito o condición no establecido en la Ley, en este caso en la 86 de 1989, está ejerciendo una función que no le está atribuida legalmente, y desconociendo lo señalado en el artículo 121 de la Constitución Nacional, según el cual, "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley".

El legislador, en este caso, a través de la Ley 86 de 1989 y en ejercicio de competencias constitucionales, determinó el marco legal dentro del cual la autoridad administrativa podía establecer la sobretasa que fuera necesaria para atender las erogaciones causadas por la construcción del sistema de transporte masivo de pasajeros del Valle de Aburrá, y prioritariamente el servicio de la deuda. Sin embargo, el Ministerio de Minas y Energía al fijar el precio del combustible para la ciudad de Rionegro desbordó ese marco legal cuando después de considerar que dicha localidad no recibe el combustible de la planta de abastecimiento ubicada en el Valle de Aburrá establece una condición no prevista en la Ley, y excluye a Rionegro del cobro de la sobretasa, en detrimento de su potestad impositiva, que respalda el artículo 338 de la Constitución Política.

En virtud de las consideraciones anteriores, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley y de acuerdo con la Procuradora Delegada ante esta Corporación,

FALLA:

DECRETAR la nulidad de la resolución No. 3 1195 de 24 de junio de 1993, expedida por el Ministerio de Minas y Energía.

Devuélvase a la parte actora la suma depositada para gastos ordinarios del proceso, por cuanto no fue utilizada.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 9 de junio de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

DAS–Reestructuración/SUPRESION DE EMPLEOS/DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES–Temporalidad/GOBIERNO NACIONAL–Facultades

El Decreto acusado fue expedido por el Gobierno Nacional dentro del plazo de 18 meses a que alude la norma transitoria 20, lo cual se deduce de la fecha de tal expedición, esto es, el 29 de diciembre de 1992, en que se adoptó la decisión de reestructurar el Departamento Administrativo de Seguridad. Cosa diferente, y así lo ha reiterado esta Corporación en diversos pronunciamientos, lo cual amerita el levantamiento de la medida de suspensión provisional de los efectos de la expresión relativa al plazo contenida en el artículo 69 del Decreto acusado decretada mediante proveído del 21 de mayo de 1993, es que en dicha norma se haya dispuesto que "... la supresión de empleos o cargos 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", dado que en este caso se trata de una facultad de carácter administrativo que la Carta Política le ha conferido al Gobierno Nacional en el artículo 189 numeral 14, para cuyo ejercicio no requiere de término alguno sino obrar con sujeción o de conformidad con la Ley. LEVANTA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de la expresión relativa al plazo contenida en el artículo 69 del Decreto 2110 de 29 de diciembre de 1992 y ordenada en auto de 21 de mayo de 1993.

SUPRESION DE EMPLEOS/EMPLEADO DE CARRERA/INDEMNIZACION

En tratándose de la aplicación del artículo transitorio 20 hay licitud en la acción del Estado para suprimir cargos o empleos de quienes estén o no inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, sin perjuicio obviamente de la obligación de indemnizar a los titulares de los mismos, y por tener los Decretos expedidos con fundamento en dicha norma transitoria la misma fuerza o entidad normativa que la Ley, podía el Gobierno Nacional consagrar como causal de retiro la de supresión del cargo, en armonía con lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta, el cual en esta materia lo defiere a la Ley. LEVANTA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de la expresión relativa al plazo contenida en el artículo 69 del Decreto 2110 de 29 de diciembre de 1992 y ordenada en auto de 21 de mayo de 1993.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2382. Acción: Nulidad. Actor: Luis Carlos Retis Corredor.

El ciudadano LUIS CARLOS RETIS CORREDOR, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., ha presentado demanda ante esta Corporación tendiente a que se declare la nulidad de los artículos 66 a 80 del Decreto No. 2110 de 29 de diciembre de 1992 "por el cual se reestructura el Departamento Administrativo de Seguridad", expedido por el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

I–. *CAUSA PETENDI*

En apoyo de sus pretensiones de nulidad, aduce el actor las siguientes censuras:

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 violacion 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 No. 2110 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 acusados violan, además, los siguientes artículos de la Constitución Nacional, así: el 1o., porque no pueden conciliarse con el concepto del 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 dio oportunidaqd 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 acaban 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 y a los ascensos 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.

II–. 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, probatoria y alegaciones.

II.1–. La Nación –Departamento Administrativo de Seguridad, DAS–, a través de apoderada contestó la demanda y para oponerse a las pretensiones del actor, expresó, en síntesis, lo siguiente:

1–. En cuanto al primer cargo cabe tener en cuenta que las funciones generales que cumple el DAS, como organismo de seguridad del Estado, en lo absoluto tienen que ver con las que corresponden a la Fiscalía General de la Nación, amén de que ésta forma parte de la Rama Judicial del Poder Público.

La consonancia de que habla el artículo transitorio 20 tiene que ver con toda la Constitución y en especial con la redistribución de competencias y recursos. Dentro de esos preceptos cobran especial importancia los referentes a la prevalencia del interés general, la garantía y efectividad de los principios, derechos y deberes, los principios rectores de la función administrativa, la presunción de la buena fe en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades y el concepto de Estado Social de Derecho.

En lo referente al plazo para la supresión de empleos, el demandante no diferencia las facultades que para reestructurar se le atribuyeron al Gobierno Nacional de las que de manera permanente le han sido conferidas por el artículo 189 numeral 14 de la Carta para crear, fusionar o suprimir, conforme a la Ley, los empleos que demande la Administración Central.

Consecuencia lógica de la reestructuración es la supresión de empleos con el fin de poner en marcha la nueva organización, pues reestructurar implica un redimensio-

namiento tanto de las funciones que cumple la entidad, como de las labores que deben atenderse, necesitándose para ello ajustar la planta de personal con las nuevas dependencias y funciones.

2–. En relación con los cargos 2o. y 3o., se advierte que el Estado Social de Derecho no es más o menos social por el hecho de utilizar en el ámbito de la Administración Pública un número mayor o menor de servidores, ni exige un modelo administrativo o económico concreto sino que la administración sea eficiente, moral, pronta, imparcial, pública e igualitaria.

"El derecho al trabajo debe guardar una relación armónica con el bien común y el interés general, que es en últimas lo que determina la razón de ser de ese orden político, económico y social justo que se pregona en el Preámbulo.

3–. El trabajo, de conformidad con el artículo 25 de la Carta, tiene una doble condición: ser derecho y obligación social al mismo tiempo. La Corte Constitucional ha conceptuado que por esa doble condición no es absoluto, por lo que en su interpretación y análisis han de tenerse en cuenta siempre las exigencias y demandas solidarias y la prevalencia del interés general.

No se puede confundir este derecho con el derecho al empleo, pues éste es una modalidad subordinada y dependiente de aquél, que como contrato que es puede terminarse.

El derecho a la estabilidad no significa inamovilidad.

Los Decretos expedidos con base en el artículo transitorio 20 corresponden a la aplicación de una política que pretende tutelar el interés general en aras de la realización de los fines del Estado.

4–. No se entiende la violación de los artículos 29 y 125 de la Carta por parte del Decreto acusado, pues precisamente dichos preceptos se refieren al debido proceso y al ingreso, ascenso y retiro de los cargos de carrera, conforme a las previsiones legales y el Decreto tiene fuerza de Ley y ha señalado los mecanismos y procedimientos para el programa de supresión de empleos con su correspondiente régimen indemnizatatoro.

II.2–. En la etapa de alegatos de conclusión la demandada reafirmó los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

El actor y la señora agente de Ministerio Público no hicieron uso del derecho de alegar de conclusión.

III–. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1–. En lo que respecta a la primera censura, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

a): El Decreto acusado fue expedido por el Gobierno Nacional dentro del plazo de 18 meses a que alude la norma transitoria 20, lo cual se deduce de la fecha de tal expedición, esto es, el 29 de diciembre de 1992, en que se adoptó la decisión de reestructurar el Departamento Administrativo de Seguridad.

Cosa diferente, y así lo ha reiterado esta Corporación en diversos pronunciamientos, lo cual amerita el levantamiento de la medida de suspensión provisional de los efectos de la expresión relativa al plazo contenida en el artículo 69 del Decreto acusado decretada mediante proveído de 21 de mayo de 1993, es que en dicha norma se haya dispuesto que "... la supresión de empleos o cargos 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", dado que en este caso se trata de una facultad de carácter administrativo que la Carta Política le ha conferido al Gobierno Nacional en el artículo 189 numeral 14, para cuyo ejercicio no requiere de término alguno sino obrar con sujeción o de conformidad con la ley.

En este caso el Decreto acusado tiene la misma fuerza o entidad normativa que la ley, ya que la materia a que se contrae el artículo transitorio 20 es la misma que la Carta le atribuyó al Congreso de la República en el artículo 150 numeral 7o., sólo que el Constituyente de manera excepcional y temporal se la asignó al Gobierno Nacional ante la imposibilidad de su ejercicio por parte del titular ordinario, el cual se encontraba en receso por la revocatoria de su mandato.

b): En lo que toca con las recomendaciones de la Comisión Asesora cabe resaltar que dicha Comisión se conformó, según obra a folios 1, 17 y 18 del cuaderno de anexos.

Del contenido del Acta No. 2 de 21 de diciembre de 1992 se infiere que el proyecto de Decreto de reestructuración del DAS fue sometido a consideración de aquélla y que los miembros doctores Jaime Castro Castro, Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, Armando Montenegro, Director del Departamento Nacional de Planeación, Héctor José Cadena, Viceministro de Hacienda y Crédito Público, y Jorge García González, Consejero para la Modernización del Estado, conceptuaron favorablemente sobre las propuestas presentadas en dicha sesión; en tanto que los restantes miembros de la comisión designados por el Consejo de Estado, doctores Humberto Mora Osejo, Diego Younes Moreno y Jaime Betancur Cuartas, dejaron como constancia que el Gobierno había entregado, entre otras propuestas, la referente al proyecto de reestructuración del DAS, que escucharon las explicaciones de algunos funcionarios y los comentarios que hicieron algunos Comisionados.

De lo anterior se colige que sí hubo recomendación y evaluación por parte de la mayoría de la Comisión, y por lo tocante a este aspecto no se vislumbra la transgresión de la norma constitucional transitoria.

c): En lo relativo al argumento de que el DAS no ha debido ser reestructurado sino fusionado con la Fiscalía General de la Nación, se trata de una opinión del actor que por sí sola no es suficiente para enervar la constitucionalidad del Decreto acusado, máxime si del texto del artículo transitorio 20 no se colige que éste haya determinado qué entidades deben supresión.

d): En cuanto a la falta de motivación del Decreto acusado, como lo advirtió la Sala al pronunciarse sobre la solicitud de la medida precautoria, el artículo transitorio 20 no le estableció al Gobierno obligación alguna sobre la forma como debía motivar los Decretos expedidos con fundamento en las atribuciones conferidas en él, por lo cual se deduce que bastaba la invocación de tal norma para su expedición.

Los razonamientos precedentes conducen a la Sala a desestimar la censura en estudio.

2–. En lo atinente a la segunda censura consistente en la falta de consonancia del Decreto acusado con la norma guía, como quiera que se trata de un cargo abstracto en el cual no se fija ni concreta el alcance de la violación, siendo esta jurisdicción rogada, no puede entrar la Sala al análisis del mismo.

3–. En lo que respecta a las censuras frente a las medidas de supresión de cargos adoptadas en el Decreto cuestionado, tampoco encuentra la Sala razón que justifique acceder a las peticiones del actor, ya que, como lo ha precisado en diversas providencias, con la consagración del artículo transitorio 20, en virtud del cual se expidió el Decreto acusado, pretendió el constituyente materializar, a través de las facultades de reestructuración, fusión o supresión de las entidades allí referidas, el desarrollo de los fines esenciales que al Estado le impuso la nueva Carta Política. Consecuencia de ello, es la supresión de cargos o empleos que no requieran las necesidades administrativas del Estado en la búsqueda de la eficaz prestación de los servicios públicos, y en aplicación del principio de la prevalencia del interés general sobre el particular.

En este mismo sentido la Corte Constitucional al estudiar la demanda contra el Decreto 1660 de 1991, expresó:

> "... El Estado, en el sentir de la Corte, debe asumir la tarea de adecuar su estructura a las circunstancias que hoy le exigen eficiencia y celeridad en el cumplimiento de las múltiples responsabilidades que le competen...".

"... Nada de lo dicho podría cumplirse a cabalidad sin un aparato estatal diseñado dentro de claros criterios de mérito y eficiencia, para lo cual no resulta necesario su excesivo tamaño ni un frondoso árbol burocrático, sino una planta de personal debidamente capacitada y organizada de forma tal que garantice niveles óptimos de rendimiento...".

"... Para hacerlo, el Gobierno dispone, entre otros instrumentos, de las atribuciones que le otorga el artículo transitorio 20 de la Constitución Política...".

"... De allí que, si fuere necesario que el Estado, por razones de esa índole, elimine el empleo que ejercía el trabajador inscrito en carrera, como podría acontecer con la aplicación del artículo transitorio 20 de la Carta, sería también indispensable indemnizarlo para no romper el principio de igualdad de las cargas públicas (artículo 13 C.N.) en cuanto aquél no tendría obligación de soportar el perjuicio tal como sucede con el dueño del bien expropiado por razones de utilidad pública...".

De manera pues que en tratándose de la aplicación del artículo transitorio 20 hay licitud en la acción del Estado para suprimir cargos o empleos de quienes estén o no inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, sin perjuicio obviamente de la obligación de indemnizar a los titulares de los mismos, y por tener los Decretos expedidos con fundamento en dicha norma transitoria la misma fuerza o entidad normativa que la ley, podía el Gobierno Nacional consagrar como causal de retiro la de supresión del cargo, en armonía con lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta, el cual en esta materia lo defiere a la ley.

De otra aprte, y en lo que concierne a la violación del artículo 2o. de la Carta porque, a juicio del actor, ha debido darse oportunidad a los servidores públicos de participar en la toma de las decisiones, tampoco tiene virtualidad de prosperar el cargo pues el texto del artículo transitorio 20, que es diáfano, no establece este requisito como condición previa para su aplicación.

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): DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

2o): LEVANTASE la suspensión provisional de los efectos de la expresión relativa al plazo contenida en el artículo 69 del Decreto No. 2110 de 29 de diciembre de 1992 y ordenada en auto de 21 de mayo de 1993.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

COLCULTURA–Reestructuración/**DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES**–Temporalidad/**JUNTA DIRECTIVA**–Facultades/**COLCULTURA**–Estructura/**PLANTA DE PERSONAL**–Adecuación

Teniendo en cuenta la fecha de expedición del Decreto 2128 de 29 de diciembre de 1992, estima la Sala que la reestructuración a que hace mención aquél fue llevada a cabo dentro del plazo de 18 meses de que trata el artículo transitorio 20, pues este vencía el 7 de enero de 1993. Cosa distinta es la relativa a la facultad otorgada a la Junta Directiva del establecimiento público para adecuar la esructura interna y la planta de personal a las decisiones adoptadas en un plazo superior a 18 meses, pues dicha facultad, que es de carácter administrativo, la tienen tales juntas en forma permanente, por mandato de los artículos 28 literal b) del Decreto Ley 1050 de 1968 y 74 del Decreto Ley 1042 de 1978, para lo cual no requieren de autorización expresa ni de término alguno para su ejercicio, como lo ha expresado la Sala en diversos pronunciamientos sobre el mismo tópico.

GOBIERNO NACIONAL–Facultades/SUPRESION DE EMPLEOS/INDEMNIZACION/INTERES PUBLICO

Las atribuciones de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades de que trata el artículo transitorio 20 llevan ínsita la de supresión de cargos o empleos en la medida en que se requiera para adecuar la estructura de la entidad a las necesidades del servicio, sin perjuicio del resarcimiento del daño que se cause a su titular en aras del interés público. Además, por tener los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional en desarrollo de la citada norma transitoria la misma fuerza o entidad normativa que

la ley, bien podía el Gobierno Nacional en el Decreto acusado establecer la supresión de empleos, consecuencia de la reestructuración, fusión o supresión, como causal de retiro y ordenar el pago de las bonificaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar, lo cual armoniza con la preceptiva del artículo 125 de la Carta y descarta así la vulneración de los demàs preceptos constitucionales invocados por la actora en esta censura.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2440. Acción: Nulidad. Actor: Olga Lucía Padilla Herrera.

La ciudadana OLGA LUCIA PADILLA HERRERA, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., ha presentado demanda ante esta Corporación tendiente a que se declare la nulidad de los artículos 2o., 3o., 5o., 19 a 35 y 37 a 39 del Decreto No. 2128 de 29 de diciembre de 1992, "Por el cual se reestructura el Instituto Colombiano de Cultura, COLCULTURA", expedido por el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

I–. *CAUSA PETENDI*

En apoyo de sus pretensiones de nulidad, aduce la actora las siguientes censuras:

PRIMER CARGO:

Los artículos 2o. y 3o. del Decreto No. 2128 de 29 de diciembre de 1992 son violatorios de los artículos transitorios 20, 1o., 2o., 52, 67 y 70 a 72 de la Constitución Política, por cuanto los objetivos de Colcultura no consagran en lo más mínimo ninguno de los principios que gobiernan el Estado Social de Derecho, ya que deberían estar enmarcados hacia la promulgación de la cultura en el país, propendiendo por la difusión de la educación y dando mayores oportunidades a todas las personas sin discriminación alguna.

No se ve por ningún lado que el Gobierno hubiera tenido en cuenta el fin primordial de la entidad, que es el de participar en igualdad de oportunidades de la cultura y la

educación en el campo del arte para lograr una formación fructífera que contribuya al desarrollo social.

SEGUNDO CARGO:

El Gobierno Nacional al expedir el Decreto acusado, concretamente en el artículo 37, violó el artículo transitorio 20 al prolongar arbitrariamente en 10 meses más la atribución para reestructurar.

TERCER CARGO:

El artículo 5o. del Decreto acusado contraviene el artículo 103 de la Carta, por cuanto, por la forma de integrar los organismos de dirección y de determinar las funciones de la Junta Directiva, desvirtúa la naturaleza y objetivos del Instituto.

No se explica por qué el Presidente de la República tiene cuota burocrática al nombrar 4 miembros de la Junta Directiva, negando así la participación de otras personas o entidades que desarrollan la cultura.

CUARTO CARGO:

Los artículos 19 a 36, 38 y 39 violan el artículo transitorio 20 que no le da facultades al Gobierno para suprimir cargos o empleos, violación que conlleva la de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Carta Política.

De otra parte, es al Congreso a quien le corresponde fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

El Gobierno Nacional no podía modificar las condiciones de empleo de los empleados públicos, ni crear causales de retiro, ni establecer bonificaciones e indemnizaciones.

II–. 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, probatoria y alegaciones.

II.1–. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA:

II.1.1–. El Instituto Colombiano de Cultura, COLCULTURA, a través de apoderado, dio contestación a la demanda y para oponerse a sus pretensiones adujo, principalmente, lo siguiente:

1–. Al contrario de lo afirmado en la demanda, las disposicones acusadas se encuentran en manifiesta y elocuente consonancia con los preceptos constitucionales que se citan como transgredidos, como lo advirtió la providencia que denegó la suspensión provisional.

2–. El plazo previsto en el artículo 37 acusado no tiene que ver con el ejercicio de funciones de naturaleza legislativa y por tanto no puede confundirse con el plazo constitucional de 18 meses previsto en el artículo transitorio 20, como lo advirtió el Consejo de Estado en sentencia de 9 de septiembre de 1993, expediente No. 2309.

3–. El artículo 5o. acusado se refiere a una materia distinta de la que regula el artículo 103 de la Carta Política. Dentro de los mecanismos previstos en esta norma no se encuentra ninguno relativo a la composición de las Juntas Directivas de los establecimientos públicos.

4–. Las facultades conferidas en el artículo transitorio 20 llevan insita la de supresión de cargos o empleos, como lo ha reiterado el Consejo de Estado en diversos pronunciamientos.

II.2–. En la etapa de alegatos de conclusión el apoderado de la entidad pública demandada reiteró los planteamientos expuestos en la contestación de la demanda.

La actora y la señora Agente del Ministerio Público no hicieron uso del derecho de alegar de conclusión.

III–. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Estima la Sala que los cargos planteados en la demanda no tienen vocación de prosperidad.

En efecto, advirtió la Sala al resolver la solicitud de suspensión provisional, mediante proveído de 24 de septiembre de 1993, y ahora lo reitera, dado que conservan plena virtualidad los fundamentos que motivaron dicho pronunciamiento, lo siguiente:

1–. Respecto del primer cargo de violación que le endilga la actora a los artículos 2o. y 3o. del Decreto 2128 de 1992, se observa:

El artículo 2o. del referido Decreto señala los obejtivos del Instituto Colombiano de Cultura –Colcultura– y el artículo 3o. estatuye las funciones del mismo.

Del contenido de dichas disposiciones no se aprecia que ellas desconozcan que Colombia es un Estado Social de Derecho, ni los fines esenciales de éste, así como

tampoco que en tales normas se esté impidiendo el derecho de todas las personas a la recreación, a la práctica del deporte y al aprovechamiento del tiempo libre.

De otra parte, no se observa que se haya vulnerado el derecho a la educación, a la libertad en la búsqueda del conocimiento y la expresión artística, ni quebrantado el deber que corresponde al Estado de proteger el patrimonio cultural y arqueológico de la Nación. Por el contrario, estima la Sala que tales derechos se han tenido en cuenta en las normas acusadas. En efecto, el artículo 2o. *sub-exámine* le señala al Instituto, entre otras finalidades, las de fomentar y difundir los procesos, valores y manfiestaciones culturales colombianos respetando la diversidad de sus expresiones; proteger, difundir y conservar el patrimonio arqueológico, histórico, artístico y cultural de la Nación; y promover la participación de toda la poblacion en la vida cultural de la Nación y el acceso de los ciudadanos a los bienes, servicios y valores de la cultura en igualdad de oportunidades. Para ello, dentro de las funciones que debe ejercer la entidad, se encuentran en el artículo 3o. en estudio, entre otras, las de estimular la inversión privada en todas las actividaes culturales del país y fomentar el desarrollo de las empresas e industrias culturales; elaborar, apoyar y ejecutar los planes y programas de investigación, recuperación, difusión y publicación del patrimonio cultural colombiano; diseñar y financiar planes y programas para el fomento de las actividades culturales en todas sus manifestaciones; y propiciar el mejoramiento y optimización de la calidad de los bienes y servicios culturales.

2–. En cuanto al segundo cargo, que hace descansar la actora en que el Gobierno Nacional no observó el término de 18 meses para la reestructuración del Instituto Colombiano de Cultura –Colcultura–, pues lo prolongó en 10 meses más, tampoco tiene vocación de prosperidad ya que en los primeros 5 capítulos del Decreto 2128 de 29 de diciembre de 1992 el Gobierno Nacional reguló la naturaleza de la entidad, sus objetivos, funciones, órganos de dirección y administración, patrimonio; lo referente a las unidades administrativas especiales que forman parte de la misma, funciones de éstas; y los órganos de asesoría y coordinación, elementos todos estos que forman parte de la estructura de una entidad.

Teniendo en cuenta la fecha de expedición del Decreto, 29 de diciembre de 1992, estima la Sala que la reestructuración a que hace mención aquél fue llevada a cabo dentro del plazo de 18 meses de que trata el artículo transitorio 20, pues este vencía el 7 de enero de 193.

Cosa distinta es la relativa a la facultad otorgada a la Junta Directiva del establecimiento público para adecuar la estructura interna y la planta de personal a las decisiones adoptadas en un plazo superior a 18 meses, pues dicha facltad, que es de carácter administrativo, la tienen tales juntas en forma permanente, por mandato de los artículos 26 literal b) del Decreto Ley 1050 de 1968 y 74 del Decreto Ley 1042 de 1978,

para lo cual no requieren de autorización expresa ni de término alguno para su ejercico, como lo ha expresado la Sala en diversos pronunciamientos sobre el mismo tópico.

3–. No aprecia la Sala tampoco la transgresión del artículo 103 de la Constitución Política por parte del artículo 5o. acusado, pues aquella norma prevé como mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato, dentro de los cuales no se encuentra incluida la participación en las Juntas Directivas de los Establecimientos Públicos a que se refiere el precepto acusado.

4–. Finalmente y en lo que concierne al cuarto cargo de violación a que alude la actora tampoco es atendible pues esta Corporación en diversos pronunciamientos, entre ellos, en sentencia de 9 de septiembre de 1993 (Expediente No. 2309, Consejero Ponente doctor Miguel González Rodríguez), ha precisado que las atribuciones de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades de que trata el artículo transitorio 20 llevan ínsita la de supresión de cargos o empleos en la medida en que se requiera para adecuar la estructura de la entidad a las necesidades del servicio, sin perjuicio del resarcimiento del daño que se cause a su titular en aras del interés público. Además, por tener los derectos expedidos por el Gobierno Nacional en desarrollo de la citada norma transitoria la misma fuerza o entidad normativa que la ley, bien podía el Gobierno Nacional en el Decreto acusado establecer la supresión de empleos, consecuencia de la reestructuración, fusión o supresión, como causal de retiro y ordenar el pago de las bonificaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar, lo cual armoniza con la preceptiva del artículo 125 de la Carta y descarta así la vulneración de los demás preceptos constitucionales invocados por la actora en esta censura.

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.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

HIMAT–Reestructuración/COMISION ASESORA DEL GOBIERNO

El artículo transitorio 20 no condiciona el funcionamiento de la comisión asesora a circunstancias de tiempo diferentes a la del plazo de 18 meses allí previsto. Es decir, para la norma resulta irrelevante que dicha comisión hubiera sesionado durante todo el plazo o parte de él, pues lo trascendente era que se hubieran producido las evaluaciones y recomendaciones exigidas por dicho precepto. Las evaluaciones y recomendaciones de la comisión no podían tener carácter obligatoro para el Gobierno Nacional porque de considerarse así el proceso de reestructuración, fusión o supresión de las entidades de que trata el artículo transitorio 20 no dependería del ejercicio de una función de éste sino de aquélla. El querer del Constituyente no fue otro que el de que expertos en Administración Pública y Derecho Administrativo, en razón de sus autorizados conocimientos sobre la materia, asesoraran al Gobierno Nacional en la tarea asignada, asesoría esta que no va más de ilustrar, sugerir o aconsejar. Del contenido de los artículos 150 numeral 7o. y 189 numerales 15 y 16 de la Constitución Política, se deduce que la facultad que le dio el artículo transitorio 20 al Gobierno Nacional para que fuera ejercida dentro del término de 18 meses contado a partir de la entrada en vigencia de aquélla, sin duda alguna tiene carácter legislativo, pues teniendo en cuenta que para la época de expedición de la Carta el Congreso se encontraba en receso en virtud de la revocatoria de su mandato, no podía el Gobierno hacer uso de las atribuciones constitucionales contenidas en el artículo 189 numerales 15 y 16 de carácter administrativo, que le exigían obrar de conformidad o con sujeción a la ley.

DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES–Temporalidad/**HIMAT/JUNTA DIRECTIVA**–Facultades/**PLANTA DE PERSONAL**–Adecuación

Estando demostrada la naturaleza legislativa de la función excepcional transitoria de la que la Carta revistió al Gobierno Nacional, no puede considerarse que el término en este caso de 18 meses para que la Junta Directiva del HIMAT adecue la estructura interna y la planta de personal a las decisiones adoptadas, constituya una prórroga del plazo previsto en la norma transitoria, pues, según las voces de los Decretos 1050 de 1968 en su artículo 26 literal b) y 102 de 1978 en su artículo 74, las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado tienen dicha función administrativa de manera permanente y para su ejercicio no requieren de la fijación de término alguno.

SUPRESION DE EMPLEOS/PREVALENCIA DE INTERES GENERAL/CARRERA ADMINISTRATIVA/INDEMNIZACION/CONTRATO DE TRABAJO–Terminación

Con la consagración del artículo transitorio 20, en virtud del cual se expidió el Decreto acusado, pretendió el Constituyente materializar, a través de las facultades de reestructuración, fusión o supresión de las entidades allí referidas, el desarrollo de los fines esenciales que al Estado le impuso la nueva Carta Política. Consecuencia de ello, es la supresión de cargos o empleos que no requieran las necesidades administrativas del Estado en la búsqueda de la eficaz prestación de los servicios públicos, y en aplicación del principio de la prevalencia del interés general sobre el particular. Hay licitud en la acción del Estado para suprimir cargos o empleos de quienes estén o no inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, sin perjuicio obviamente de la obligación de indemnizar a los titulares de los mismos. Teniendo en cuenta que los Decretos expedidos con fundamento en la norma transitoria 20 tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley, en razón de la materia que regulan, bien podía el Gobierno Nacional consagrar disposiciones distintas de las previstas en otras normas de igual jerarquía y con incidencia en aspectos regulados en convenciones colectivas de trabajo. Los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transitorio 20 tienen la misma fuerza o entidad normatia que la Ley, por lo cual bien podía aquél consagrar como causales de terminación de los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales la supresión de cargos o empleos, como consecuencia de la

reestructuración, armonizando de esta manera con lo preceptuado en el artículo 125 de la Carta, que defiere dicha atribución a la ley.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2568. Acción: Nulidad. Actor: Angel Ignacio Ramírez y otros.

Los ciudadanos ANGEL IGNACIO RAMIREZ, HERNANDO BONILLA BUENDIA, PEDRO ACOSTA PEREZ y MARCO AURELIO SANDOVAL TIQUE, obrando en sus propios nombres y en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., han presentado demanda ante esta Corporación tendiente a que se declare, a título de pretensión principal, la nulidad total del Decreto No. 2135 de 30 de diciembre de 1992 "por el cual se reestructura el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras –HIMAT–", expedido por el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución Política, y en subsidio la de los artículos 5o., 12 a 20, 22 a 24, 26 a 28, 30 y 31 *ibídem.*

I–. *CAUSA PETENDI*

En apoyo de sus pretensiones de nulidad, aducen los actores las siguientes censuras:

PRIMER CARGO:

El acto acusado viola el artículo transitorio 20 por las siguientes razones:

a): El Gobierno Nacional se extralimitó en sus funciones porque el artículo transitorio 20 no tiene un fin en sí mismo sino que es un medio para adecuar la entidad, esto es, ponerla en consonancia con los mandatos de la reforma constitucional y en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

b): La comisión a que alude la norma transitoria no funcionó como era su deber. No pudo cumplir su papel de control porque no sesionó durante el 83% del tiempo que tenía para realizar su labor. Al no oírse ni tenerse en cuenta dicha Comisión el Decreto acusado nació con vicios de forma.

c): La norma transitoria estableció un plazo de 18 meses contados a partir de la vigencia de la Constitución para que el Gobierno ejerciera las facultades otorgadas. En los artículos 14, 15 y concordantes del Decreto acusado de una manera ilegal el Gobierno prolonga su poder por un año más a partir de la publicación de dicho Decreto y sin estar autorizado para ello delega en la junta directiva de la entidad las facultades para llevar a cabo el proceso de reestructuración del Instituto, para que suprimiera los empleos o cargos vacantes, en detrimento de la estabilidad laboral.

Del análisis de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en sentencia de 6 de septiembre de 1992, expediente No. 510, magistrado ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, se deduce, sin equívocos, que el Gobierno al dictar el Decreto No. 2135 de 1992 en su artículo 15 no podía ampliar el plazo de las facultades ni delegarlas a otros organismos o entidades.

SEGUNDO CARGO:

Se vulneró el Preámbulo de la Constitución Política, que incluye dentro de sus principios rectores el del trabajo, cuando los artículos 14, 15 y concordantes suprimen cargos de trabajadores oficiales, ordenando la terminación unilateral del contrato de trabajo a los trabajadores sindicalizados que gozan de estabilidad laboral y que tienen contrato a término indefinido.

Así mismo se vulneraron los artículos 1o., 2o., 13, 25, 29, 38, 39, 53, 58 y 215 de la Constitución.

TERCER CARGO:

Con la expedición del Decreto acusado se transgredió el artículo 5o. de la Constitución Política porque el Presidente no podía modificar de facto derechos constitucionales fundamentales, es decir, establecer nuevas causales de terminación de los contratos de trabajo, tablas de indemnización no concertadas y reprodujo normas declaradas inexequibles por la Corte Constitucional.

Las medidas adoptadas son de competencia del Congreso y deben ser sometidas a referendo.

CUARTO CARGO:

Los artículos 18 a 20, 22, 23 y concordantes del Decreto acusado violan los artículos 13 y 53 de la Carta, desarrollados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966 y aprobado por el Congreso mediante la Ley 74 de 1968.

Al decretarse la ruptura del contrato de trabajo de más de un mil trabajadores, estando vigente la convención colectiva, se violó el artículo 55 de la Carta porque se han debido establecer mesas de concertación con los representantes de los trabajadores para dirimir el lucro cesante y el daño emergente que se les cause a los mismos.

QUINTO CARGO:

Se violaron los artículos 25, 38, 39, 53, 55, 58 y 215 de la Carta Política al desconocerse la convención colectiva entre el Himat y Sinaltrahimat.

Al entrar en vigencia la Carta Política la Corte Constitucional en las sentencias No.s 479 de 13 de agosto de 1992, que declaró inexequible el artículo 6o. del Decreto 1660 de 1991, y 013 de 1993, que declaró inexequible el artículo 6o. del Decreto 035 de 1991, despejó el alcance de los preceptos constitucionales frente al trabajo, estabilidad en el empleo, derechos adquiridos, derecho de asociación, como preceptos vinculantes en relación con las convenciones colectivas de trabajo.

Como lo dijo la misma Corte en sentencia de 11 de marzo de 1993, la Jurisprudencia de dicha Corporación, a diferencia de las otras Jurisprudencias, que tienen carácter auxiliar, tiene fuerza de cosa juzgada.

SEXTO CARGO:

Se violó el artículo 243 de la Carta porque el Decreto acusado en los artículos 18 a 24 y 26 a 28 reproduce las tablas de bonificaciones e indemnizaciones declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional al fallar sobre el Decreto 1660 de 1991 y el artículo 2o. de la Ley 60 de 1990.

SEPTIMO CARGO:

Se vulneró el artículo 29 de la Carta al consagrar el Decreto acusado nuevas causales de terminación de los contratos de trabajo a los trabajadores oficiales y empleados públicos, desconociendo la cláusula 41 parágrafo 5o. de la convención, que establece la manera de dar por terminados los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales.

OCTAVO CARGO:

Se quebrantaron los artículos 44, 46 y 48 de la Carta por cuanto al privársele del empleo al padre cabeza de familia, los niños y las personas de la tercera edad quedan desprotegidas; así como también se les despoja de la seguridad social derivada de la relación laboral y de las convenciones colectivas de trabajo.

NOVENO CARGO:

Al adoptar el Ejecutivo nuevas formas de terminación de los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales con la figura de la supresión de cargos y desconocer la vigencia de las convenciones colectivas de trabajo, usurpando el papel del Congreso, violó el artículo 377 de la Carta Política.

II–. 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, probatoria y alegaciones.

II.1–. LAS CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

II.1.1–. El Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras –HIMAT–, a través de apoderado, dio contestación a la demanda y para oponerse a sus pretensiones adujo, principalmente, lo siguiente:

1–. La nueva Constitución introdujo cambios fundamentales, entre ellos, los que menciona la actora; pero también de los antecedentes del artículo transitorio 20 se establece que las facultades otorgadas al Gobierno Nacional no tienen los límites que la demanda postula sino que autorizan al Gobierno para proceder a acometer una reestructuración del ente con base en profundas mutaciones que en el marco del Estatuto Fundamental se introdujeron al concepto de administración pública, como las nuevas pautas, directrices y principios que deben presidir la acción administrativa.

No hubo prórroga de las facultades. Sobre este particular ha habido definiciones por parte del Consejo de Estado.

Los hechos y realidades jurídicas sobre los cuales se pretenden aplicar las Jurisprudencias de la Corte Constitucional son sustancialmente distintos a los que sirvieron y sirven de fundamento a los fallos y conceptos que se invocan para apoyar la inconstitucionalidad del Decreto acusado.

2–. Ninguno de los preceptos contenidos en el Decreto acusado introduce discriminación ni violación al principio de igualdad que los pactos internacionales citados por la demanda consagran.

La jurisprudencia invocada en la demanda no se refiere al caso *sub-exámine*. La misma Corte Constitucional sienta como principio la facultad del Estado de suprimir empleos cuando la fronda burocrática, la ineficiencia o los intereses generales lo hagan indispensable.

Además, ni la Constitución ni la Ley han consagrado que el trabajador tenga escriturado *ad vitam aeternam* el derecho a un puesto.

3–. La estabilidad consagrada en la convención colectiva orienta a proteger al trabajador en hipótesis distintas de las que se derivan de la aplicación del artículo transitorio 20.

II.1.2–. La Nación –Ministerio de Agricultura–, a través de apoderada, contestó la demanda expresando al efecto, en esencia, lo siguiente:

1–. Del contenido de los artículos 150 numeral 7o, y 189 numerales 15 y 18 se infiere que éstos constituyen el fundamento jurídico de inspiración del artículo transitorio 20.

2–. El Gobierno Nacional no se excedió en el término previsto en el artículo transitorio 20 para el ejercicio de las facultades otorgadas sino que por el contrario se ciñó al querer del constituyente.

3–. No se puede mezclar la función de reestructuración de la administración emanada de las facultades del artículo transitorio 20 con las funciones propias del Ejecutivo de determinar la estructura interna de los órganos de la Administración.

La normatividad del Decreto acusado reposa sobre la base de la reubicación del Himat. Es necesario resaltar que bajo la perspectiva del artículo 150 numeral 7o. deben entenderse el desarrollo y ejercicio de las facultades conferidas al Ejecutivo por el Constituyente de 1991. El Gobierno Nacional en cumplimiento del mandato constitucional dispuso conferir a la Junta Directiva del Himat, entre otras funciones, la de adoptar los Estatutos y la estructura interna, sin vulnerar los principios constitucionales.

4–. No puede considerarse legal el hecho de mantener una planta de personal dentro de la cual se encuentran cargos disfuncionales e improductivos a la luz de la actual modernización del Estado.

5–. Uno de los fundamentos tradicionales sobre los cuales ha descansado nuestro Derecho lo ha constituido la prevalencia del interés general sobre el particular. Ello implica que por muy importantes que sean los derechos particulares, no puede cederse ante ellos.

La estabilidad laboral desde antes de la nueva Constitución está supeditada a las regulaciones legales y reglamentarias vigentes.

Ello implica que los trabajadores están sometidos a la condición de que los cargos pueden desaparecer, pudiendo en el futuro ocupar otros cargos o en su defecto obtener indemnización y asumir las correspondientes consecuencias laborales.

6–. Los derechos y principios que regulan los pactos internacionales del trabajo no resultan vulnerados con la expedición del Decreto acusado por cuanto en éste no se tomaron medidas en contra de la existencia y estímulo a la orientación y formación de los empleados ni mucho menos contra la preparación de programas y desarrollo de normas técnicas.

II.2–. En la etapa de alegatos de conclusión el apoderado del Himat reiteró los planteamientos expuestos en la contestación de la demanda.

Las demás partes y la señora agente del Ministerio Público no hicieron uso del derecho de alegar de conclusión.

III–. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con el primer cargo de violación estima la Sala que no está llamado a prosperar por las siguientes razones:

En lo tocante al literal a) es del caso advertir que esta Corporación en diversos pronunciamientos ha sostenido que si bien es cierto el constituyente buscaba poner en consonancia las entidades con los mandatos de la reforma constitucional, haciendo especial énfasis en la redistribución de competencias y recursos que ella establece, de manera alguna significa que las atribuciones contenidas en el artículo transitorio 20 se circunscribieran a este último aspecto, pues la reforma constitucional incluyó innovaciones que ameritan su adecuación a través de la reestructuración, fusión o supresión, como es el caso de los principios que informan la actuación administrativa, principios estos que constituyen una de las finalidades de dicha norma transitoria, pues en la medida en que la función administrativa se gobierne por aquéllos, podrán satisfacerse los fines esenciales del Estado.

Tal es el caso del HIMAT que, según se infiere del contenido del Acta No. 8 de 25 de noviembre de 1992, su reestructuración, entre otros aspectos, buscó garantizar la eficiencia de sus funciones dentro de la política del sector agropecuario, dando mayor participación a la comunidad beneficiaria de sus servicios y generando mecanismos que permitan que los usuarios administren los Distritos de Riego (cuaderno de anexos).

En cuanto al literal b) cabe tener en cuenta que el artículo transitorio 20 no condiciona el funcionamiento de la Comisión Asesora a circunstancias de tiempo diferentes a la del plazo de 18 meses allí previsto. Es decir, para la norma resulta irrelevante que dicha comisión hubiera sesionado durante todo el plazo o parte de él, pues lo trascendente era que se hubieran producido las evaluaciones y recomendaciones exigidas por dicho precepto.

En el evento *sub-exámine* del texto de la citada acta se colige que el proyecto de Decreto de reestructuración del HIMAT sí fue sometido a consideración de la Comisión Asesora.

Ahora bien, que una parte de la misma, en este caso, los miembros designados por el Consejo de Estado, hubieran expresado una opinión desfavorable a la reestructuración de la entidad en memorando de 26 de diciembre de 1992, no vicia de nulidad por inconstitucionalidad la decisión adoptada en el Decreto No. 2135 de 1992, ya que, como reiteradamente lo ha expresado esta Corporación, las evaluaciones y recomendaciones de dicha comisión no podían tener carácter obligatorio para el Gobierno Nacional porque de considerarse así el proceso de reestructuración, fusión o supresión de las entidades de que trata el artículo transitorio 20 no dependería del ejercicio de una función de éste sino de aquélla. El querer del Constituyente no fue otro que el de que expertos en Administración Pública y Derecho Administrativo, en razón de sus autorizados conocimientos sobre la materia, asesoraran al Gobierno Nacional en la tarea asignada, asesoría esta que no va más allá de ilustrar, sugerir o aconsejar.

Finalmente, en cuanto respecta al literal c), sobre la prórroga del plazo previsto en la norma constitucional transitoria y la delegación de funciones a la Junta Directiva a que se refiere la censura en estudio, tampoco tiene virtualidad de prosperar, ya que, como lo expresó la Sala en este proceso en proveído de 26 de noviembre de 1993, que ahora reitera, del contenido de los artículos 150 numeral 7o. y 189 numerales 15 y 16 de la Constitución Política, se deduce que la facultad que le dio el artículo transitorio 20 al Gobierno Nacional para que fuera ejercida dentro del término de 18 meses contado a partir de la entrada en vigencia de aquélla, sin duda alguna tiene carácter legislativo, pues teniendo en cuenta que para la época de expedición de la Carta el Congreso se encontraba en receso en virtud de la revocatoria de su mandato, no podía el Gobierno hacer uso de las atribuciones constitucionales contenidas en el artículo 189 numerales 15 y 16, de carácter administrativo, que le exigían obrar de conformidad o con sujeción a la ley.

Estando demostrada la naturaleza legislativa de la función excepcional transitoria de la que la Carta revistió al Gobierno Nacional, no puede considerarse que el término en este caso de 18 meses para que la Junta Directiva del HIMAT adecue la estructura interna y la planta de personal a las decisiones adoptadas, constituya una prórroga del plazo previsto en la norma transitoria, pues, según las voces de los Decretos 1050 de 1968 en su artículo 26 literal b) y 1042 de 1978 en su artículo 74, las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado tienen dicha función administrativa de manera permanente y para su ejercicio no requieren de la fijación de término alguno.

En lo tocante a los cargos 2o., 5o., 7o. y 8o. relativos a la supresión de cargos o empleos, como lo ha dicho también la Sala en numerosos pronunciamientos, con la consagración del artículo transitorio 20, en virtud del cual se expidió el Decreto acusado,

pretendió el Constituyente materializar, a través de las facultades de reestructuración, fusión o supresión de las entidades allí referidas, el desarrollo de los fines esenciales que al Estado le impuso la nueva Carta Política. Consecuencia de ello, es la supresión de cargos o empleos que no requieran las necesidades administrativas del Estado en la búsqueda de la eficaz prestación de los servicios públicos, y en aplicación del principio de la prevalencia del interés general sobre el particular.

En este mismo sentido la Corte Constitucional al estudiar la demanda contra el Decreto 1660 de 1991, expresó:

> "... El Estado, en el sentir de la Corte, debe asumir la tarea de adecuar su estructura a las circunstancias que hoy le exigen eficiencia y celeridad en el cumplimiento de las múltiples responsabilidades que le competen...".
>
> "... Nada de lo dicho podría cumplirse a cabalidad sin un aparato estatal diseñado dentro de claros criterios de mérito y eficiencia, para lo cual no resulta necesario su excesivo tamaño ni un frondoso árbol burocrático, sino una planta de personal debidamente capacitada y organizada de forma tal que garantice niveles óptimos de rendimiento...".
>
> "... Para hacerlo, el Gobierno dispone, entre otros instrumentos, de las atribuciones que le otorga el artículo transitorio 20 de la Constitución Política...".
>
> "... De allí que, si fuere necesario que el Estado, por razones de esa índole, elimine el empleo que ejercía el trabajador inscrito en carrera, como podría acontecer con la aplicación del artículo transitorio 20 de la Carta, sería también indispensable indemnizarlo para no romper el principio de igualdad de las cargas públicas (artículo 13 C.N.) en cuanto aquél no tendría obligación de soportar el perjuicio tal como sucede con el dueño del bien expropiado por razones de utilidad pública...".

De manera pues que en tratándose de la aplicación del artículo transitorio 20 hay licitud en la acción del Estado para suprimir cargos o empleos de quienes estén o no inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, sin perjuicio obviamente de la obligación de indemnizar a los titulares de los mismos. Teniendo en cuenta que los Decretos expedidos con fundamento en la norma transitoria 20 tienen la misma fuerza o entidad normativa que la Ley, en razón de la materia que regulan, bien podía el Gobierno Nacional consagrar disposiciones distintas de las previstas en otras normas de igual jerarquía y con incidencia en aspectos regulados en convenciones colectivas de trabajo.

Por lo anterior, dichos cargos no están llamados a prosperar.

En relación con los cargos restantes, es decir, 3o., 4o., 6o. y 9o., es preciso tener en cuenta lo siguiente:

Como ya se dijo, los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transitorio 20 tienen la misma fuerza o entidad normativa que la Ley, por lo cual bien podía aquél consagrar como causales de terminación de los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales la supresión de cargos o empleos, como consecuencia de la reestructuración, armonizando de esta manera con lo preceptuado en el artículo 125 de la Carta, que defiere dicha atribución a la Ley.

Por lo demás, el artículo 5o. de la misma Carta, en cuanto se refiere al cargo 3o. de la demanda, no guarda correspondencia con el alcance de la violación que invocan los actores.

De otra parte, del texto del artículo transitorio 20 no se deduce que el constituyente hubiera supeditado el ejercicio de las facultades allí previstas a la previa concertación del Gobierno con los representantes de los trabajadores o sus organizacones sindicales para la adopción de las decisiones de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades y las consecuencias en materia de supresión de cargos o empleos. Tampoco se puede deducir del contenido de las normas del Decreto acusado que a través de ellas se pretenda reformar la Constitución Política y particularmente las normas referentes al derecho del trabajo y sus garantías. Por estas razones, no tienen vocación de prosperidad los cargos 3o., 4o. y 9o.

Finalmente, y en lo que concierne con la censura del cargo 6o. sobre violación del artículo 243 de la Carta Política, habrá también de desestimarse ya que de la transcripción que se hizo de algunos apartes de la sentencia de la Corte Constitucional frente al Decreto 1660 de 1991, puede inferirse claramente que los fundamentos de hecho y de derecho que sirvieron de soporte a la expedición de dicho Decreto difieren de los que gobiernan la expedición de los Decretos dictados por el Gobierno Nacional en uso de las atribuciones otorgadas en el artículo transitorio 20. Por esta razón no es de recibo el argumento de los actores en cuanto a la violación del artículo 243 de la Carta Política.

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 a los actores la suma de dinero depositada para gastos ordinarios del proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

SERVICIO DE TELEFONIA MOVIL CELULAR/PLAN DE EXPANSION

Confrontando el alcance de los artículos 4o. y 6o. con el de las disposiciones acusadas, se colige que éstas no contrarían la voluntad del legislador sino que por el contrario la reiteran, ya que, en primer término, el artículo 3o. es claro en señalar que el plan de expansión del servicio que le corresponde elaborar al Ministerio de Comunicaciones contendrá un plan de expansión del servicio en condiciones especiales a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas y que los planes de expansión a que alude el artículo 4o. de la Ley 37 de 1993, que deben contener las propuestas, se sujetarán a aquél. DECLARA LA NULIDAD DE LA EXPRESION "a través de contratistas", contenida en la parte final del inciso primero del artículo 3o. del Decreto 2061 de 14 de octubre de 1993.

TELEFONIA CELULAR/SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES/ACTO DE ADJUDICACION/LICITACION–Criterios de Valoración/ PLAN DE EXPANSION DEL SERVICIO DE TELEFONIA MOVIL CELULAR

El artículo 4o. acusado si bien es cierto prevé otros criterios para la valoración de la propuesta como son los contenidos en el pliego de condiciones: la calificación que se haya otorgado en el registro de proponentes; y la mejor oferta económica, no es menos cierto que fue enfático en consagrar que en todo caso se verificará que la propuesta cumpla con los requisitos señalados en la ley y en el pliego de condiciones y que ofrezca ejecutar de manera plena el plan mínimo de expansión del servicio de telefonía móvil celular y el plan de expansión a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas.

No omitió el acto acusado tener como factor esencial de valoración para la adjudicación dicho plan, sino que además del mismo incluyó otros, lo cual no lo hace incurrir en ilegalidad alguna ya que el artículo 3o. de la Ley 37 de 1993, expresamente autorizó al Gobierno Nacional para tener en cuenta otros criterios, siempre y cuando fuera también factor esencial de valoración para la adjudicación el contener la propuesta el plan de expansión en condiciones especiales a los municipios más necesitados, aspecto este que, como ya se dijo, no fue desconocido en las normas enjuiciadas. DECLARA LA NULIDAD DE LA EXPRESION "a través de contratistas", contenida en la parte final del inciso primero del artículo 3o. del Decreto 2061 de 14 de octubre de 1993.

SERVICIO DE TELEFONIA MOVIL CELULAR/CONCESION/GOBIERNO NACIONAL–Facultades/**REDES/POTESTAD REGLAMENTARIA**–Extralimitación/**CONTRATISTA**–Improcedencia

Del contenido de los artículos 3o., 4o. inciso 1o. y 6o. de la Ley 37 de 1993 no observa la Sala que la voluntad del legislador haya sido la de que el adjudicatario adquiera el derecho de explorar toda la red, pues, si como ya se dijo, el artículo 3o. de la Ley 37 de 1993 autoriza al Estado para prestar el servicio directamente, nada impide que parte de una red, en este caso, la relativa al plan de expansión en condiciones especiales para los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas, la pueda asumir aquél, como lo prevé la norma acusada, y por ello en cuanto a este aspecto se refiere no se da la transgresión del artículo 58 de la Carta Política. Sin embargo, lo que sí no se infiere del texto de la Ley es que el Gobierno pueda, a través de contratistas diferentes del concesionario que presentó la propuesta contentiva del plan de expansión a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas, ejecutar dicho plan, pues ya no puede predicarse que lo esté haciendo directamente, que es la opción para la cual fue autorizado. Por esta razón la norma acusada en cuanto a la expresión "a través de contratistas" excede el límite de la potestad reglamentaria violando así el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política. DECLARA LA NULIDAD DE LA EXPRESION "a través de contratistas", contenida en la parte final del inciso primero del artículo 3o. del Decreto 2061 de 14 de octubre de 1993.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2721. Acción: Nulidad. Actor: Antonio José de Irisarri Restrepo.

El ciudadano y abogado ANTONIO JOSE DE IRISARRI RESTREPO, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación para que se declare la nulidad de los artículos 3o. y 4o. del Decreto No. 2061 de 14 de octubre de 1993 "Por el cual se modifica el Decreto 741 de 1993 y se dictan otras disposiciones", expedido por el Gobierno Nacional.

I–. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Cita el actor como transgredidos con las normas acusadas, los artículos 7o. de la Ley 72 de 1989; 59 del Decreto Ley 1900 de 1990; ordinal 22 del artículo 3o. del Decreto Ley 1901 de 1990; 4o. de la Ley 37 de 1993; 6o., 58 y 189 numerales 10 y 11 de la Constitución Política.

Como fundamento de las violaciones enunciadas expone, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

PRIMER CARGO:

Al disponer los artículos acusados un mecanismo de valoración y adjudicación contario a la Ley, se violó el artículo 4o. de la Ley 37 de 1993.

De la confrontación entre estas disposiciones resultan las siguientes contradicciones:

En tanto que para la Ley el plan de expansión, incluyendo el que se haga en condiciones especiales para los municipios con mayores índices de necesidades insatisfechas es "factor esencial de valoración para la adjudicación de las propuestas", para el reglamento dicho plan debe hacer parte de la "propuesta económica para la ejecución de este último por parte del Gobierno".

Mientras que el legislador dispuso que se adjudicara según el mejor plan de expansión, el Gobierno decidió que la adjudicación se hará a la mejor propuesta económica, con lo cual el factor esencial de adjudicación deja de radicar en los aspectos sociales y técnicos enfatizados por el legislador, para trasladarse a un campo meramente financiero.

La Ley 37 de 1993 pretendía ante todo que la telefonía móvil celular abarcara todo el territorio nacional y diera un cubrimiento "universal" a los ciudadanos, tratando así de suplir las deficiencias de cubrimiento que existen actualmente en la telefonía fija. Con esta intención se incluyó en el artículo 4o. el plan de expansión que según el legislador "será factor esencial de valoración para la adjudicación respectiva".

El Decreto acusado transformó totalmente el sentido de la ley y la convirtió en una fuente de financiación para el tesoro público. Ya el plan de expansión no es el factor esencial de valoración sino lo es la oferta económica. La Ley 37 de 1993 no hace ninguna referencia a una posible oferta económica, pues, conforme a la Ley 72 de 1989 y los Decretos 1900 y 1901 de 1990 el valor de la concesión deberá ser fijado unilateralmente por el Ministerio de Comunicaciones, por lo cual mal podía regularlo como parte de una "oferta económica".

Del contenido del artículo 3o. acusado se infiere que ya no es la finalidad social de la ley de proteger los municipios más pobres, para que fueran integrados al resto del país, sino que se trata de un precio que cobra el Ministerio para adjudicar la concesión. La pobreza de unos municipios se transforma en el precio de una concesión.

El concesionario paga el valor de este plan y es la Nación quien decide quién, cuándo y cómo lo ejecuta, bien sea por el Gobierno o a través de terceros contratistas o del concesionario.

Esta situación implica claramente una expropiación sin ley previa, violándose así el artículo 58 de la Constitución Política.

En efecto, el concesionario tiene derecho a prestar el servicio de telefonía móvil celular en un área geográfica de servicio, en una red. De acuerdo con la Ley, debe extender esa red hasta los municipios con mayores índices de necesidades insatisfechas. Tiene además el derecho de explotar esa red, aun en esos municipios. Por virtud del Decreto acusado al concesionario se le despoja del deber de extender la red, del dinero que había pensado invertir en ella y del derecho a explotarla y recuperar la inversión realizada, contrariando el artículo 4o. de la Ley 37 de 1993 y violando así el artículo 189 numeral 11 de la Carta.

SEGUNDO CARGO:

Se violan los artículos 7o. de la Ley 72 de 1989, 59 del Decreto Ley 1900 de 1990; numeral 22 del artículo 3o. del Decreto Ley 1901 de 1990 y los numerales 10 y 11 del artículo 189 de la Constitución Política que disponen como atribución del Ministerio de Comunicaciones la fijación del valor de la concesión.

Es al Ministerio de Comunicaciones a quien compete fijar el precio de la concesión el cual puede consistir en derechos, tasas, transferencias, cuya forma de pago puede

ser un sólo contado o por instalamentos, según lo disponga el Ministerio mediante acto unilateral.

En el acto demandado (artículo 4o.), el precio de la concesión no es fijado por el Ministerio sino que es objeto de un remate, una subasta pública en que el Estado se desprende de su capacidad para determinar el valor de la concesión y lo deja al mejor postor.

Esta forma de fijación del valor de la concesión constituye desvío de poder. Como la Ley 37 de 1993 exige que el criterio esencial de valoración para la adjudicación sea el plan de expansión para los municipios más pobres, el acto acusado decidió disfrazar el valor del remate con el del valor del supuesto "plan de expansión en condiciones especiales", el cual cobra por anticipado al licitante vencedor exonerándolo de la obligación de desarrollar dicho plan, burlando así la Ley, pues lo que justamente quería el legislador era beneficiar al grupo de municipios con mayores necesidaes insatisfechas, dándoles servicio telefónico a través de la telefonía celular para integrarlos al resto del país.

Es evidente el fraude a la Ley pues bajo el nombre de "financiación del plan de expansión" se está cobrando una prima para que las compañías tanto privadas como públicas financien el presupuesto del Fondo. Si no se trata de una prima, constituye una clara expropiación de dineros y de una parte de la concesión, pues el adjudicatario no sólo paga por un plan de expansión sino que es posible que no lo ejecute y que no pueda usufructar de su inversión y eventualmente ni siquiera amortizarla.

No puede fundamentarse el Gobierno en el ordinal 4o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, porque esta misma Ley en el parágrafo del artículo 33 deja a salvo los contratos regulados por la Ley 37 de 1993.

Si la Ley y los Decretos con fuerza de Ley disponen con claridad que cierta función sea cumplida por un determinado organismo o funcionario de la administración pública, mal puede el Presidente alterar o modificar dicha voluntad, como lo hace en la norma impugnada, violando el artículo 189 numeral 11 de la Carta y a la vez el numeral 10o. y el artículo 6o. *ibídem,* porque en vez de obedecer y velar por el estricto cumplimiento de la Ley, lo que hace es desconocer el espíritu y la clara voluntad de ella.

II-. TRAMITE DE LA ACCION

Mediante proveído de 3 de diciembre de 1993 se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional de los efectos de los artículos acusados.

Del auto admisorio de la demanda se notificó la Nación –Ministerio de Comunicaciones– quien a través de apoderado, dentro del término de fijación en lista, solicitó tener como pruebas los pliegos de condiciones de las licitaciones públicas 045

y 046 de 1993, abiertas por dicha entidad para la contratación de las concesiones de telefonía móvil celular.

II.1–. El apoderado del Ministerio de Comunicaciones, en la etapa procesal de alegar de conclusión, adujo, esencialmente, lo siguiente:

a): Tanto el Decreto acusado como el pliego de condiciones que lo desarrolló se ajustaron a la Ley 37 de 1993, que exigió que los proponentes presentaran planes de expansión del servicio y de las redes y un plan especial para los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas que sirviera de factor esencial de valoración para la adjudicación.

En el cuadro 1.28 del pliego se precisaron los requisitos indispensables para poder ser tenido en cuenta en la evaluación y participar así en la etapa de adjudicación, como la exigencia de incluir los planes de expansión.

En la Sección II del pliego, relativa a condiciones técnicas, se incluyó la obligación de los proponentes de presentar un plan de expansión y un plan de expansión en condiciones especiales para los referidos municipios.

Del literal c) del aparte 1.10.1 de la Sección I, se deduce que la estructura de la licitación se fundó en la condición de que, para poder entrar en la etapa de adjudicación con base en la oferta económica, los proponentes debían superar las exigencias técnicas y financieras, entre las cuales se halla la de presentar los planes de expansión del servicio y de las redes, y el plan de expansión en condiciones especiales para los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas.

b): En lo que atañe al precio o valor que deben pagar los concesionarios por el derecho a explotar el servicio público de telefonía móvil celular, se integró con dos factores: el valor total de la oferta que comprende el valor de los derechos de la concesión y el valor para la financiación del plan de expansión del servicio en condiciones especiales a los municipios con mayores índices de necesidades insatisfechas; y la tarifa porcentual del 5% sobre el valor bruto de las sumas facturadas mensualmente por el concesionario, provenientes de la operación y prestación del servicio de telefonía móvil celular, a que se refiere en alguna medida el artículo 59 del Decreto 1900 de 1990, como compensación de la utilización y explotación de las frecuencias radioeléctricas, como se especifica en la Sección II, numerales 1.1.5 de los pliegos.

c): En el caso de la telefonía móvil celular es indispensable recordar que a ella se vincula, como elemento principalísimo, la explotación del espectro electromagnético, que es un bien público de valor incalculable y cuya utilización, dadas las considerables sumas que reporta al concesionario, debe servir para el recaudo de dineros públicos destinados no sólo a la propia administración concedente sino al Estado en general

como arbitrio presupuestal. Además, el servicio que por su naturaleza es costoso, no se halla destinado, como con cierta ligereza se ha dicho, a las masas populares, pues sus elevados costos tecnológicos no lo hacen propio de ese grupo de personas. Por ello el Ministerio de Comunicaciones y las entidades del sector han acometido la tarea de dotar a los sectores marginados con el sistema de telefonía tradicional, básica, fija, conmutada, más costeable y menos oneroso.

d): Es errado afirmar que el factor único determinante de la adjudicación es el plan de expansión en condiciones especiales para los municipios con mayores índices de necesidades insatisfechas.

e): Tampoco es cierto que la Ley haya dispuesto que el plan de expansión sólo sería el que ofreciera el proponente. Ese entendimiento contraría la concepción constitucional acerca del concepto de servicio público, que está bajo el control y la dirección del Estado.

Tanto el reglamento como el pliego de condiciones exigieron como requisito esencial de valoración de las propuestas, la inclusión en ellas de un plan de expansión en condiciones especiales a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas. Pero lo que estos no podían disponer era que el plan de expansión fuera el factor determinante pues la ley no dispuso semejante cosa, ni la organización misma del servicio permite hacerlo con ese criterio.

f): Desde el punto de vista jurídico no hay asomo de expropiación. Donde la administración tiene potestad, facultad y arbitrio para elegir la mejor forma de prestación de los servicios no puede hablarse del derecho del concesionario a prestar directamente el servicio en los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas.

g): El hecho de que alguien decida que vende un bien a quien le haga la mejor oferta, no tiene ninguna significación jurídica distinta de la de que quien fija el precio es el proponente del mismo.

Si la voluntad del contratante no existiera, las ofertas no tendrían ningún efecto.

En materia de contratos a que se refiere la Ley 37 de 1993 se aplican las normas que sustituyeron el Decreto Ley 222 de 1983, es decir, las contenidas en la Ley 80 de 1993. Los derechos y precios de los contratos se acuerdan entre las partes.

II.2–. El impugnante Juan Carlos Jaramillo Gómez, en escrito obrante a folios 163 a 171, expuso los siguientes argumentos, que pueden sintetizarse así:

a): El plan de expansión del servicio en condiciones especiales a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas es criterio esencial de adjudicación en la licitación.

El sentido del artículo 3o. acusado es ajustar las propuestas de los oferentes de la licitación a los planes y programas del Gobierno Nacional, lo cual asegura la concordancia de las propuestas con las necesidades del Estado y los motivos que lo llevaron a contratar dentro de un proceso licitatorio. Dicho artículo no varía ni contraría el mecanismo de valoración en la adjudicación prevista en la Ley 37 de 1993.

b): En cuanto al artículo 4o. acusado, su misma denominación "criterios esenciales de adjudicación en la licitación", despeja cualquier duda de ilegalidad.

El plan de expansión es factor esencial de valoración para la adjudicación respectiva, tal como se lee en la parte final del inciso 2o. literal c) de dicho artículo.

La Ley 37 de 1993 no previó subsidios a través de la prestación del servicio de telefonía móvil celular. Previó sí la expansión del servicio a municipios con necesidades básicas insatisfechas. En concordancia con ello las normas reglamentarias acusadas obligan a los proponentes a hacer una oferta económica para asegurar su ejecución, que no está tampoco en la Ley atribuida al oferente. El Gobierno dispone que esos recursos forman parte de la oferta económica, entonces, por definición, tampoco puede hablarse de expropiación.

Al hacer una oferta económica el proponente ejerce un acto precontractual, libre y voluntario.

c): Tanto el Decreto 222 de 1983 como la Ley 80 de 1993 disponen que un elemento determinante para la adjudicación de la licitación pública es la oferta económica.

Lo dispuesto en el inciso final del artículo 4o. acusado supone un estudio que le permite al Ministerio de Comunicaciones establecer parámetros a los cuales se deben referir las ofertas económicas. No es pues la sola potestad de los oferentes sino los estimativos económicos y financieros que determine el Estado en el correspondiente pliego de condiciones lo que determina la oferta económica. No se trata de una prima.

II.3–. La impugnante Lucy Vásquez de Iriarte, en escrito obrante a folios 172 a 175, expresa, en resumen, lo siguiente:

a): Para el artículo 4o. acusado los planes de expansión son requisito esencial.

Al ordenarse en las normas acusadas que se presente una oferta económica que tenga como base los planes de expansión formulados por el Ministerio en condiciones

especiales para los municipios pobres, lo que se está garantizando es el cumplimiento de lo previsto en la Ley 37 de 1993, en relación con dichos planes que descalifican una propuesta y son como una sombra que debe acompañar a la misma en cada momento.

b): El actor confunde la fijación del precio con la oferta. El Ministerio lo que hace es establecer unas reglas de las cuales resultará el valor a pagar. Si no, ¿de qué se trata una licitación?

III–. CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Segunda Delegada en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación considera que deben denegarse las pretensiones de la demanda, por cuanto la ley determina que el plan de expansión será factor esencial de valoración, pero no quiere decir que sea factor obligatorio único ni definitivo en la valoración para la adjudicación.

Además, es cierto que dicho plan debe hacer parte de la propuesta económica, lo que permite suponer que los proponentes habrán de presentar propuestas económicas diversas, quedando en manos del Gobierno la decisión de acogerse a la mejor propuesta económica teniendo en cuenta los demás factores tales como exigencias técnicas y mayor cubrimiento.

IV–. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a revolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Estatuye el artículo 3o. acusado:

"Formulación de los planes de Expansión.

"El Ministerio de Comunicaciones elaborará un plan mínimo de expansión de cubrimiento del servicio y de las redes de telefonía móvil celular, para el área o áreas de servicio que el proponente aspire a obtener en concesión. Dicho plan de expansión deberá establecer las etapas en que se cubrirán los municipios correspondientes; además, formulará como parte integrante de este plan, un plan de expansión del servicio en condiciones especiales a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas, a fin de que los proponentes presenten su propuesta económica para la ejecución de este último por parte del Gobierno a través de contratistas, o de concesionario cuando así lo determine la Nación.

"Con base en dichos planes los oferentes incluirán en sus propuestas los planes de expansión a que se refiere el artículo 4o. literal a) inciso segundo de la Ley 37 de 1993".

Dispone el artículo 4o. acusado:

"Criterios esenciales de adjudicación de la licitación.

"La adjudicación del contrato para la concesión del servicio de telefonía móvil celular se hará al licitante cuya propuesta se estime más favorable, previos los estudios del caso.

"En la evaluación de las propuestas se tendrán en cuenta, en forma rigurosa, los criterios de adjudicación y la ponderación de estos criterios conforme a lo establecido en el pliego de condiciones. Para la evaluación de los proponentes se tendrá en cuenta la calificación que se les haya otorgado en el registro de Proponentes, en los términos que establezca la resolución que regula el registro y el pliego de condiciones sin que en ningún caso supere el cinco por ciento (5%) del total de la valoración.

"En todo caso para la adjudicación de la licitación se verificará, en primer lugar, que la propuesta cumpla los requisitos señalados en la ley y en el pliego de condiciones, que ofrezca ejecutar de manera plena el plan mismo de expansión del servicio de telefonía móvil celular y financiar y ejecutar, si la Nación así lo determine, el plan de expansión del servicio a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas, de acuerdo con lo previsto en el presente Decreto.

"Cumplidos los requisitos esenciales mencionados y el puntaje exigido en el pliego, para la adjudicación se preferirán las propuestas que presenten la mejor oferta económica.

"En el pliego de condiciones para la concesión del servicio de la telefonía móvil celular, se establecerán las condiciones que permitan asegurar el equilibrio económico en cuanto a los derechos de concesión entre oferentes de la red A y la red B para una misma área".

Prevé el artículo 4o. de la Ley 37 de 1993, que se invoca como infringido:

"De conformidad con la Constitución y la Ley el Gobierno Nacional reglamentará las condiciones en que se deberá prestar el servicio de telefonía móvil celular, teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

a. El servicio se prestará en todo el territorio nacional, tanto en zonas urbanas como rurales, aun en los municipios de difícil acceso de conformidad con los planes de expansión del servicio y de las redes.

Toda propuesta para que se asignen frecuencias para la operación de la telefonía celular, incluirá un plan de expansión de este servicio, en condiciones especiales a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas dentro de la respectiva área de la concesión; dichos planes deberán realizarse en un término no mayor a 5 años y serán factor esencial de valoración para la adjudicación respectiva...".

En cuanto al primer cargo de violación, estima la Sala lo siguiente:

Del contenido del artículo 4o. de la Ley 37 de 1993 que se cita como vulnerado, se infiere que:

a): El Gobierno Nacional tiene la potestad de reglamentar las condiciones en que se deberá prestar el servicio de telefonía móvil celular.

b): Para ello debe tener en cuenta que dicho servicio tenga cubrimientos en todo el territorio nacional, aun en las zonas de difícil acceso, de conformidad con los planes de expansión del servicio y de las redes.

c): Toda propuesta para que se asignen frecuencias debe incluir un plan de expansión del servicio en condiciones especiales para los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas, que será factor esencial de valoración:

d): Además de estos criterios puede tener en cuenta otros.

El artículo 6o. *ibídem* señala que corresponde al Ministerio de Comunicaciones asignar las frecuencias para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, distribuir y definir su cubrimiento y señalar las demás condiciones dentro de las cuales se prestará el servicio.

Confrontando el alcance de los artículos 4o. y 6o. con el de las disposiciones acusadas, se colige que éstas no contrarían la voluntad del legislador sino que por el contrario la reiteran, ya que, en primer término, el artículo 3o. es claro en señalar que el plan de expansión del servicio que le corresponde elaborar al Ministerio de Comunicaciones contendrá un plan de expansión del servicio en condiciones especiales a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas y que los planes de expansión a que alude el artículo 4o. de la Ley 37 de 1993, que deben contener las propuestas, se sujetarán a aquél.

De otra parte, el artículo 4o. acusado si bien es cierto prevé otros criterios para la valoración de la propuesta como son los contenidos en el pliego de condiciones; la calificación que se haya otorgado en el registro de proponentes; y la mejor oferta económica, no es menos cierto que fue enfático en consagrar que en todo caso se

verificará que la propuesta cumpla con los requisitos señalados en la ley y en el pliego de condiciones y que ofrezca ejecutar de manera plena el plan mínimo de expansión del servicio de telefonía móvil celular y el plan de expansión a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas.

Luego, no omitió el acto acusado tener como factor esencial de valoración para la adjudicación dicho plan, sino que además del mismo incluyó otros, lo cual no lo hace incurrir en ilegalidad alguna ya que el artículo 4o. de la Ley 37 de 1993, expresamente autorizó al Gobierno Nacional para tener en cuenta otros criterios, siempre y cuando fuera también factor esencial de valoración para la adjudicación el contener la propuesta el plan de expansión en condiciones especiales a los municipios más necesitados, aspecto este que, como ya se dijo, no fue desconocido en las normas enjuiciadas.

En lo atinente a la parte final del inciso primero del artículo 3o. cuestionado que dispone que el plan de expansión del servicio en condiciones especiales a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas que debe contener toda propuesta, podrá ser ejecutado por parte del Gobierno o a través de contratistas o del concesionario cuando así lo determine la Nación, y la violación que se le endilga de los artículos 58 y 189 numeral 11 de la Carta Política, cabe advertir lo siguiente:

a): El artículo 3o. de la Ley 37 de 1993 prevé que el servicio de telefonía móvil celular estará a cargo de la Nación, quien lo podrá prestar directa o indirectamente, a través de concesiones otorgadas mediante contratos a empresas estatales, sociedades privadas o de naturaleza mixta.

b): El inciso 1o. del artículo 4o. *ibídem* faculta al Gobierno Nacional para reglamentar las condiciones en que se deberá prestar el servicio, y dentro de los criterios que señala para que sean tenidos en cuenta consagra en el literal b) el de que las concesiones se otorguen en dos redes que compitan entre sí, en cada área de servicio, conforme a la distribución de las frecuencias que asigne el Ministerio de Comunicaciones; y que cada red, en cada una de las áreas señaladas, será operada: una por sociedades de economía mixta o por empresas estatales y otra por las privadas.

c): El artículo 6o. de la citada Ley expresa que corresponde al Ministerio de Comunicaciones asignar las frecuencias para la prestación del servicio, distribuir y definir su cubrimiento y señalar las demás condiciones dentro de las cuales se prestará el servicio, y que la agrupación definitiva de las áreas se determinará en cada una de las redes de que trata el artículo 4o. literal b) teniendo en cuenta los estudios técnicos y económicos que se presenten en la respectiva licitación.

d) Del contenido de los artículos 3o.; 4o. inciso 1o. y 6o. de la Ley 37 de 1993 no observa la Sala que la voluntad del legislador haya sido la de que el adjudicatario

adquiera el derecho de explotar toda la red, pues, si como ya se dijo, el artículo 3o. de la Ley 37 de 1993 autoriza al Estado para prestar el servicio directamente, nada impide que parte de una red, en este caso, la relativa al plan de expansión en condiciones especiales para los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas, la pueda asumir aquél, como lo prevé la norma acusada, y por ello en cuanto a este aspecto se refiere no se da la transgresión del artículo 58 de la Carta Política.

Sin embargo, lo que sí no se infiere del texto de la Ley es que el Gobierno pueda, a través de contratistas diferentes del concesionario que presentó la propuesta contentiva del plan de expansión a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas, ejecutar dicho plan, pues ya no puede predicarse que lo esté haciendo directamente, que es la opción para la cual fue autorizado.

Por esta razón la norma acusada en cuanto a la expresión "a través de contratistas" excede el límite de la potestad reglamentaria violando así el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, citado como infringido por el actor, por lo cual habrá de declararse su nulidad.

En cuanto al segundo cargo de violación de los artículos 7o. de la Ley 72 de 1989, 59 del Decreto Ley 1900 de 1990, 3o. numeral 22 del Decreto 1901 de 1990, 6o. y 189 numerales 10 y 11 de la Constitución Política, por parte del artículo 4o. acusado, cabe tener en cuenta lo siguiente:

El punto central de la controversia en este cargo se contrae al hecho de haber consagrado como criterio de valoración en la adjudicación la mejor oferta económica.

Sobre el particular estima la Sala que no asiste razón al actor. En efecto, como se dijo *ab initio* de estas consideraciones, del contenido del artículo 4o. de la Ley 37 de 1993 se deduce claramente la autorización al Gobierno Nacional para reglamentar las condiciones en que se deberá prestar el servicio de telefonía móvil celular, pudiendo acudir a otros criterios, además de los que se indican en tal norma.

En ejercicio de dicha facultad bien podía el Gobierno Nacional consagrar como criterios para la valoración de la adjudicación, entre otros, los contenidos en el pliego de condiciones, la calificación que se haya otorgado en el registro de proponentes y la mejor oferta económica.

Al estar facultado el Ministerio de Comunicaciones para tener como factor de valoración de la adjudicación la mejor oferta económica, esto es, radicando en esta única entidad la facultad de elegir dentro de las diferentes propuestas la que además de cumplir con otros requisitos ofrezca mejores beneficios o ventajas desde el punto de vista económico, indirectamente es dicha entidad quien está fijando el precio o valor del contrato.

En este sentido acoge la Sala el planteamiento expuesto por el apoderado del Ministerio de Comunicaciones por lo cual habrá de desestimar 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:

1o): DECLARASE la nulidad de la expresión "a través de contratistas", contenida en la parte final del inciso primero del artículo 3o. del Decreto 2061 de 14 de octubre de 1993, con base en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2o): DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

ACCION DE NULIDAD/EXCEPCION DE INEXISTENCIA DE CAUSAL DE NULIDAD–Improcedencia

Derivándose la acción ejercida del derecho que consagra la ley en favor de toda persona para solicitar la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, no es posible predicar de dicho ejercicio una inexistencia de causal cuando, precisamente, la causal que se alega es el objeto de la *litis*, y sobre ella corresponde al juez administrativo decidir en la sentencia que ponga fin al proceso, de tal manera que no se trata propiamente de una excepción que pretenda enervar la pretensión.

EJERCICIO DE PROFESIONES/BIBLIOTECOLOGO

La Sala no encuentra en qué medida el acto acusado, por el hecho de establecer que ciertos cargos pueden ser desempeñados no sólo por bibliotecólogos profesionales sino por otras personas que hayan cursado estudios en disciplinas distintas de la bibliotecología, puede incurrir en violación de los mandatos legales anteriormente transcritos, toda vez que ellos se limitan a reconocer en el territorio nacional la profesión de Bibliotecólogo, a prever los estudios que deben haber cursado las personas que, para los efectos previstos en dicha ley, puedan considerarse como tales y, a enunciar los requisitos que deben cumplirse para acreditar esa profesión.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2459. Actor: Hernando Vicente Rodríguez Camacho.

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada por el ciudadano Hernando Vicente Rodríguez Camacho en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., tendiente a obtener la declaratoria de nulidad parcial del artículo 1o. de la Resolución No. 0003 de 26 de mayo de 1981, "por la cual se actualiza el Manual de Funciones y Requisitos de los diferentes empleos de la planta de personal del Instituto Colombiano de Cultura", proferida por la Directora de dicha entidad "... de conformidad con los artículos 17 del Decreto 1577 de 1979 y 3o. del Decreto 2759 de 1979".

I–. ANTECEDENTES

a.– El acto acusado

Lo constituye el artículo 1o. de la citada Resolución "... en todo aquello que fije requisito diferente a título en la modalidad de formación universitaria en Bibliotecología, para el ejercicio de los cargos que a continuación de la respectiva dependencia se especifican:

1. Subdirección de Patrimonio Cultural, BIBLIOTECA NACIONAL: Director Regional 2035-Grado 14, página 135 de la Resolución; *Selección y Adquisición:* Jefe de Sección 2075 Grado 02, página 147 de la Resolución. *Procesos Técnicos:* Jefe de Sección 2075-Grado 02, página 152 de la Resolución; *Servicios al Público:* Jefe de Sección 2075-Grado 02, página 158 de la Resolución; *Hemeroteca:* Jefe de Sección 2075-Grado 02, página 162 de la Resolución.

2. Subdirección de Comunicaciones Culturales, DESARROLLO DE LA COMUNIDAD, *Bibliotecas:* Jefe de Sección 2075-Grado 05, página 268 de la Resolución".

b.– Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El actor formula los siguientes cargos en contra del acto acusado, con fundamento en las razones que se resumen a continuación, expresadas en la demanda y en el alegato de conclusión (fls. 414 a 419 y 594 a 595):

Primer cargo.– Violación del artículo 1o. de la Carta Política, pues mientras que en él se consagra que Colombia es un Estado Social de Derecho en el cual impera el principio de la prevalencia del interés general y se garantiza su efectividad (artículos 2o. y 58 *ibídem*), el acto acusado desconoce el alcance de la Ley 11 de 1979 y del Decreto 865 de 1988, que amparan el ejercicio profesional del bibliotecólogo, pues el

cabal entendimiento de dichas normas indica que para tal ejercico se requiere haber obtenido título en la modalidad de formación universitaria en bibliotecología, haber efectuado el registro del título ante la autoridad competente y haber obtenido la matrícula profesional, es decir, que los cargos o empleos a que se refiere el acto acusado deben ser desempeñados exclusivamente por bibliotecólogos profesionales.

Segundo cargo.– Violación del artículo 2o. del citado ordenamiento constitucional, por cuanto las autoridades de Colcultura desconocieron los derechos de quienes, con formación universitaria en bibliotecología, están amparados por la presunción de idoneidad para ejercer su profesión y gozan de la protección que les brinda la Ley 11 de 1979 y el Decreto 865 de 1988, ya que al establecer los requisitos para desempeñar los cargos a que se refiere el acto acusado extendieron el ejercicio de la profesión a quienes no han recibido dicha formación universitaria ni obtuvieron oportunamente en la etapa transitoria autorización para su ejercicio. Al mismo tiempo se pretermite el derecho de los usuarios de la Biblioteca Nacional a utilizar servicios estatales técnicamente organizados y dirigidos por personas idóneas en la materia para hacer efectivo el derecho a la información, a la investigación y al aprendizaje, en general, por cuanto profesionales de otras áreas o disciplinas no pueden cumplir con eficiencia y eficacia esos cometidos.

Tercer cargo.– Violación del artículo 6o. del ordenamiento constitucional, pues la Dirección General de Colcultura, al expedir el acto acusado y aplicarlo sin la observancia de normas superiores, se apartó del principio consagrado en la mencionada disposición y se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, ya que ni la Constitución ni la Ley lo autorizaban para limitar o extender la posibilidad de que los cargos en la Biblioteca Nacional y en la División de Desarrollo Cultural de la Comunidad, Sección Bibliotecas pudieran ser desempeñados por profesionales de especializaciones ajenas a la formación universitaria en bibliotecología.

Cuarto cargo.– Por las mismas razones anotadas en los cargos anteriores se violó el artículo 26 de la Constitución y se pretermitieron los artículos 1o., 2o. y 4o. de la Ley 11 de 1979 y los capítulos I y II del Decreto 865 de 1988. Además, la Dirección de Colcultura incurrió en abuso y desviación de poder en el ejercicio de sus funciones, pues al entrar en vigencia el Decreto 865 de 1988 debió haberlo aplicado de inmediato, haciendo las correspondientes reformas al Manual consignado en el acto cuya declaratoria de nulidad de solicita.

Finalmente, en su alegato de conclusión el actor anota que en sentencia de 26 de noviembre de 1993, proferida por esta Sección con ponencia del Consejero de Estado doctor Miguel González Rodríguez dentro del proceso No. 2559, actor: María Eugenia Mantilla Gutiérrez, "... se pone de presente la imperatividad de la exigencia del título de bibliotecólogo para el ejercicio de funciones como las que contiene el..." acto acusado.

c.– Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda y en el alegato de conclusión la parte demandada expresa los argumentos que se resumen a continuación (fls. 452 a 458 y 587 a 588):

No es cierto que se hayan violado los artículos 1o., 2o. y 58 de la actual Constitución, pues si bien es cierto que ellos consagran entre otros principios el de la prevalencia del interés general y la garantía de su efectividad, debe tenerse en cuenta que el citado artículo 2o. consagra como uno de los fines del Estado el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, en concordancia con el artículo 209 *ibídem* que consagra el que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y para el presente caso la Resolución 0003 de 1981 se expidió de conformidad con las normas legales vigentes, en especial con la Ley 11 de 1979, toda vez que en ella se establece como requisito el de acreditar título universitario en bibliotecología.

Mal pudo haberse desconocido el Decreto 865 de 1988, pues al momento de expedirse el acto acusado tal decreto no existía. Además, al preceptuarse en el artículo 3o. de la Ley 11 de 1979 que los cargos a que alude el actor "podrán" desempeñarse por bibliotecólogos profesionales, ello quiere decir que es facultativo de la entidad nominadora designar la persona idónea para los mismos.

Luego de hacer referencia al artículo 2o. de la Constitución y al principio de igualdad, la parte demandada expreas que "... tiene un tanto de subjetivo y de desconocimiento del interés general el afirmar que 'se pretermite el derecho de los usuarios de la Biblioteca Nacional a utilizar servicios estatales técnicamente organizados y dirigidos por personas idóneas en la materia para hacer efectivo el derecho a la información...", como lo afirma el demandante, pues una cosa es clasificar y catalogar técnicamente la riqueza bibliográfica que posee la Biblioteca Nacional y otra ejercer funciones de dirección o de prestación de servicios al público, que bien pueden ser desempeñados por un administrador público".

De otra parte, lo afirmado por el actor en el concepto de violación del artículo 6o. de la Carta Política desconoce el principio de autonomía administrativa de que dispone COLCULTURA.

En cuanto a la violación del artículo 26 del ordenamiento constitucional, se reitera que el acto acusado no desconoce los mandatos de la Ley 11 de 1979 ni de su decreto reglamentario, por cuanto estas normas legales no preceptúan que los cargos en él enumerados, sólo pueden desempeñarse por bibliotecólogos profesionales.

Finalmente, la parte demandada propone la excepción de "INEXISTENCIA DE CAUSAL DE NULIDAD", y para sustentarla manifiesta que COLCULTURA expidió el acto acusado de conformidad con los artículos 17 del Decreto 1577 de 1979 y 3o. del Decreto 2759 del mismo año, con ocasión de la Actualización del Manual Descriptivo de Funciones y de requisitos de los diferentes empleos de su planta de personal. Agrega que el Director del Instituto estaba debidamente facultado por el literal b) del artículo 19 del Decreto 2616 de 1975, por el cual se aprobó la modificación de los Estatutos, y previo estudio de los cargos necesarios se adoptó la planta de personal mediante el Decreto 282 de 11 de febrero de 1977 y se establecieron determinados requisitos y alternativas para el desempeño de cargos con fundamento en la facultad discrecional que la Ley 11 de 1979 defirió a la entidad para el cabal cumplimiento de sus funciones.

d.– La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 17 de junio de 1993 se admitió la demanda y se ordenó darle el trámite legal (fls. 424 a 426).

Mediante proveído de 13 de septiembre de 1993 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron y/o denegaron las solicitadas por las partes (fls. 485 a 488).

Por auto de 4 de marzo de 1994 se dispuso correr traslado a las partes y a la señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación para que formulasen sus alegatos de conclusión (fl. 586), quienes hicieron uso de tal derecho conforme a los escritos que obran a folios 587 a 595.

II–. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto, la señora Procuradora Séptima Delegada considera que las peticiones de la demanda no están llamadas a prosperar, con fundamento en las razones que se transcriben a continuación, las cuales rectifican "... el criterio expresado en el proceso 2559, promovido por María Eugenia Mantilla Gutiérrez, en el que se impetró la anulación del Decreto 865 del 5 de mayo de 1988, mediante el cual el Presidente de la República reglamentó la Ley 11 de 1979 sobre el ejercicio de la profesión de Bibiliotecólogo (fls. 589 a 593):

> "Sea lo primero advertir que la Resolución 003 del 26 de mayo de 1981, fue expedida con anterioridad a la emisión del Decreto 865 de 1988 y por lo tanto no pudo el acto acusado quebrantar un decreto reglamentario aún inexistente. Esta circunstancia lleva a establecer el cotejo del acto acusado con los estrictos términos de la Ley 11 de 1979.

"Pues bien, la citada Ley 'por la cual se reconoce la profesión de Bibliotecólogo y se reglamenta su ejercicio' decreta en su artículo primero que se reconoce, dentro del territorio nacional, la profesión de Bibliotecólogos; en su artículo segundo determina qué se entiende por bibliotecólogo para los efectos de la Ley; en su artículo cuarto indica la forma de acreditar la profesión de bibliotecólogo; mediante los artículos 5o., 6o. y 7o. crea el Consejo Nacional de Bibliotecología y determinan su constitución y sus funciones, respectivamente; el artículo octavo establece que para representar al país en reuniones internacionales de bibliotecología y documentación deberá designarse a profesionales de la bibliotecología, y el artículo tercero de la Ley, que es el que interesa al debate planteado por el demandante expresa:

'A partir de un año, contado después de la vigencia de la presente Ley, podrán desempeñar los cargos de directores, jefes o cualquier otra denominación que se dé a estos, en el Sistema Nacional de Información, en bibliotecas, centros de documentación y en programas de desarrollo bibliotecario, de las siguientes entidades: ...'.

'.....'

"Leída con atención la Ley hay que admitir que su mérito radica, fundamentalmente, en el reconocimiento de la profesión de bibliotecólogo y en la habilitación de este para desempeñar los cargos de Directores o Jefes en el Sistema Nacional de Información, en bibliotecas, centros de documentación y en programas de desarrollo bibliotecario, cargos tradicionalmente reservados a profesionales de la cultura de reconocido prestigio intelectual.

"Nótese bien que la norma dice que los bibliotecólogos podrán desempeñar los cargos tales pero no dice que sólo ellos podrán desempeñarlos. Por tanto, cuando en el manual de funciones y requisitos a nivel de cargos se exige, dentro del abanico de alternativas para desempeñar el cargo de Director y otras jefaturas en la Biblioteca NacionaL, grado universitario en: Bibliotecología, Historia, Filosofía, Lingüística y Literatura, Administración Pública, etc. no está desconociendo la Ley. Por el contrario, se está reconociendo al bibliotecólogo como una opción dentro de la intelectualidad llamada a prestar este servicio piloto de difusión e intercambio de la cultura.

"Pero es conveniente que el nominador disponga de un margen en la escogencia, y así lo prevé el legislador, porque unas son las condiciones mínimas y otras son las condiciones óptimas. Para poner un ejemplo, un Borges sin título de bibliotecólogo, desde la dirección de una biblioteca, puede imprimir mayor aliento en la proyección de la cultura, que un aventajado joven bibliotecólogo con escaso bagaje intelectual.

"Hay que entender entonces al director de Colcultura cuando, en respuesta al Presidente del Consejo Nacional de Bibliotecología, dice que 'es imprescindible que el director de la Biblioteca Nacional sea una persona con una amplia formación humanística, reconocida por el medio intelectual y artístico...' (folio 408).

"El acto acusado, al contemplar las varias alternativas en los requisitos básicos de formación universitaria para el desempeño de cargos directivos en la Biblioteca Nacional, permite al nominador optar entre varios intelectuales profesionales por el candidato que responda al mejor perfil según las circunstancias o políticas del momento histórico y de ninguna manera la Resolución quebranta la la Ley porque, como bien lo dice el señor Apoderado de Colcultura, en ella, no se dice que tales cargos sólo podrán ser ejercidos por personas que posean título de Bibliotecólogo".

III–. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En cuanto a la excepción de "INEXISTENCIA DE CAUSAL DE NULIDAD", propuesta por la parte demandada, la cual se basa en que el acto acusado se expidió de conformidad con los mandatos legales, la Sala considera que ella no puede prosperar, como así se decidirá en la parte resolutiva de este fallo, pues derivándose de la acción ejercida del derecho que consagra la Ley en favor de toda persona para solicitar la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, no es posible predicar de dicho ejercicio una inexistencia de causal cuando, precisamente, la causal que se alega es el objeto de la *litis*, y sobre ella corresponde al juez administrativo decirir en la sentencia que pongan fin al proceso, de tal manera que no se trata propiamente de una excepción que pretenda enervar la pretensión.

En cuanto al fondo del asunto.– Dado que los cargos de violación de las normas constitucionales que invoca el demandante se hacen derivar del quebrantamiento de los artículos 1o., 2o. y 4o. de la Ley 11 de 1979 y de los capítulos I y II del Decreto 865 de 1988, la Sala se referirá en primer término a estas últimas normas, pues de las conclusiones a que se llegue dependerá la prosperidad o la no prosperidad de dichos cargos.

En cuanto a la alegada violación de los capítulos I y II del Decreto 865 de 1988, la Sala hace notar al actor que resulta un imposible jurídico predicar su quebrantamiento por el acto acusado, toda vez que dichas normas no existían al momento de proferirse aquél, es decir, en el año de 1981. En razón de ello, la Sala se abstiene de analizar tal acusación.

Como marco de referencia para el estudio de la presunta violación de los artículos 1o., 2o. y 4o. de la Ley 11 de 1979, a continuación se transcriben dichas normas y se

detallan los requisitos que establece el artículo 1o. del acto acusado para desempeñar determinados cargos en el Instituto Colombiano de Cultura –COLCULTURA–, a los cuales se contraen las pretensiones de la demanda:

1o.– **Ley 11 de 1979,** "por la cual se reconoce la profesión de Bibliotecólogo y se reglamenta su ejercicio.

"ARTICULO 1o.– Reconócese, dentro del territorio nacional, la profesión de Bibliotecólogo".

"ARTICULO 2o.– Para los efectos de la presente Ley entiéndese por bibliotecólogo:

"1.– La persona que haya obtenido el título de licenciado en bibliotecología, en escuela o facultad cuyos programas de bibliotecología hayan sido aprobados y que igualmente hayan sido reconocidos por el Estado.

"2.– Quienes habiendo obtenido este título en el exterior, en universidades de países con los cuales tenga Colombia tratados internacionales vigentes, les sea reconocido por el Ministerio de Educación, según las normas legales respectivas.

"3.– Quienes hayan obtenido el título de Magister o doctorado en Bibliotecología otorgado por universidad colombiana o extranjera que reúnan las condiciones señaladas en los anteriores incisos.

"4.– Las personas que hubieren obtenido título en universidades extranjeras de países con los cuales no existieren tratados internacionales vigentes, podrán convalidar el respectivo título, presentando examen ante el Congreso Nacional de Bibliotecología, según reglamentación que al respecto expida el Ministerio de Educación.

"5.– Igualmente podrán obtener el título de Bibliotecología quienes, con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, hayan ejercido cargos en bibliotecas y/o programas de bibliotecología, oficiales o privados, por tres (3) años o más, y además presenten y aprueben examen ante el Consejo Nacional de Bibliotecología, siempre y cuando así lo soliciten dentro del año siguiente a la sanción de la presente Ley"-

"ARTICULO 4o.– Para acreditar la profesión de bibliotecólogo se requiere el registro del título expedido de acuerdo al artículo 2o. en la respectiva Secretaría de Educación y además la matrícula profesional, expedida por el Consejo Nacional de Bibliotecología".

2o.– Resolución No. 0003 de 1981.

1.– BIBLIOTECA NACIONAL

a.– Director Regional 2035-14

Primera Alternativa:

Grado en Bibliotecología, Historia y Filosofía, Lingüística y Literatura, Administración Pública. Y cinco años de experiencia relacionada.

Segunda Alternativa:

Terminación de estudios universitarios en: Historia y Filosofía, Lingüística y Literatura, Administración Pública y cinco años de experiencia relacionada y tres años de experiencia específica.

b.– SELECCION Y ADQUISICION: Jefe de Sección 2075

Primera Alternativa:

Grado Universitario en Bibliotecología, Lingüística y Literatura, Filosofía y Letras, Literatura. Y un año de experiencia relacionada.

Segunda Alternativa:

Terminación de estudios universitarios en: Lingüística y Literatura, Filosofía y Letras, Literatura y tres años de experiencia específica y un año de relacionada.

c.– PROCESOS TECNICOS: Jefe de Sección 2075-02

Primera Alternativa:

Grado universitario en Bibliotecología, Lingüística y Literatura, Filosofía y Letras, Historia y Filosofía. Y un año de experiencia relacionada.

Segunda Alternativa:

Terminación de estudios universitarios en: Lingüística y Literatura, Filosofía y Letras, Historia y Filosofía y un año de experiencia relacionada y tres años de experiencia específica.

d.– SERVICIOS AL PUBLICO: Jefe de Sección 2075-02

Primera Alternativa:

Grado universitario en Bibliotecología, Literatura, Filosofía y Letras, Historia. Y un año de experiencia relacionada.

Segunda Alternativa:

Terminación de estudios universitarios en: Literatura, Filosofía y Letras, Historia y un año de experiencia relacionada y tres años de experiencia específica.

e.– HEMEROTECA: Jefe de Sección 2075-02

Primera Alternativa:

Grado universitario en Bibliotecología, Lingüística y Literatura, Filosofía y Letras, Historia y Filosofía. Y un año de experiencia relacionada.

Segunda Alternativa:

Terminación de estudios universitarios en: Lingüística y Literatura, Filosofía y Letras, Historia y Filosofía y un año de experiencia relacionada y tres años de experiencia específica.

2.– SUBDIRECCION DE COMUNICACIONES CULTURALES.

Bibliotecas.

f.– Jefe de Sección 2075-05

Primera Alternativa:

Grado universitario en Bibliotecología, Administración de Empresas, Ciencias de la Comunicación. Y dos años de experiencia relacionada.

Segunda Alternativa:

Terminación de estudios universitarios en: Administración Pública, Administración de Empresas, Ciencias de la Comunicación y dos años de experiencia relacionada y tres años de experiencia específica.

Ahora bien, luego del estudio de las acusaciones formuladas por el actor, la Sala no encuentra en qué medida el acto acusado, por el hecho de establecer que ciertos cargos pueden ser desempeñados no sólo por bibliotecólogos profesionales sino por otras personas que hayan cursado estudios en disciplinas distintas de la bibliotecología,

puede incurrir en violación de los mandatos legales anteriormente transcritos, toda vez que ellos se limitan a reconocer en el territorio nacional la profesión de Bibiliotecólogo, a prever los estudios que deben haber cursado las personas que, para los efectos previstos en dicha Ley, puedan considerarse como tales y, a enunciar los requisitos que deben cumplirse para acreditar esa profesión, sin que para nada establezcan la limitante que se discute en la demanda.

De otra parte, a pesar de que esta misma Sección en sentencia de 26 de noviembre de 1993, de la que fue Ponente el Consejero doctor Miguel González Rodríguez, proferida dentro del proceso radicado bajo el No. 2559, realizó el análisis del artículo 3o. de la Ley 11 de 1979, al cual se refiere extensamente la señora Procuradora Séptima Delegada en su concepto de fondo, la Sala se abstiene de acudir a dicha norma en sus consideraciones, en virtud de que ella no se invocó en el asunto *sub-exámine* como fundamento de las pretensiones anulatorias.

Por último y como consecuencia de no haberse demostrado la violación de los artículos 1o., 2o. y 4o. de la Ley 11 de 1979, los cargos de transgresión de los artículos 1o., 2o., 6o. y 26 de la actual Carta Política no pueden prosperar, ni siquiera aplicando las normas que respecto de algunos de ellos consagraba la anterior Constitución, bajo cuya vigencia se expidió el acto acusado, pues reposan sobre el desconocimiento de las anotadas disposiciones legales.

Las precedentes consideraciones llevan a la Sala a denegar las pretensiones de la demanda, como en efecto lo hará en la parte resolutiva de esta providencia.

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:

Primero.– RECHAZASE por improcedentes la excepción propuesta por la parte demandada.

Segundo.– DENIEGANSE las pretensiones de la demanda formulada por el ciudadano Hernando Vicente Rodríguez Camacho.

Tercero.– Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Cuarto.– En firme esta sentencia, comuníquese al señor Director del Instituto Colombiano de Cultura –COLCULTURA– y archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

CONCILIACION EXTRAPROCESAL/SUSPENSION DE TERMINOS/ ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ CADUCIDAD DE LA ACCION/VIA GUBERNATIVA

Del contenido del artículo 61 de la Ley 23 de 1991 se colige, sin lugar a dudas, que los 60 días allí previstos, que lógicamente se entienden hábiles, son para el procedimiento conciliatorio, esto es, que la duración del mismo y para efectos de suspender el término de la vía gubernativa o de la caducidad de la acción preventiva, en tratándose de la vía jurisdiccional, no pueda exceder de 60 días. Pero decidido el proceso conciliatorio, continúa contándose para el demandante el plazo de meses que consagra el artículo 136 del C.C.A. para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues esta norma no fue modificada en ningún momento por el citado artículo 61 de la Ley 23 de 1991.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2870. Recurso de apelación contra la sentencia de 9 de febrero de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Actor: Horacio Ramírez Lorza.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor contra la sentencia de la referencia, por la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca

declaró probada la excepción de caducidad de la acción y se inhibió para proferir un pronunciamiento de fondo.

I–. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Consideró el *a-quo,* en síntesis, lo siguiente:

1–. El demandante fue sancionado mediante resolución No. 012 de 12 de febrero de 1991, la cual fue recurrida y la vía gubernativa se agotó mediante providencia del 18 de marzo de 1991, notificada personalmente el 21 del mismo mes y año.

2–. El 21 de junio de 1991 el demandante presentó solicitud de conciliación prejudicial, solicitud esta que suspende el término que venía corriendo, conforme a lo prescrito por el artículo 61 de la Ley 23 de 1991.

3–. Si la etapa de conciliación finalizó cuando se ejecutorzó la providencia mediante la cual la Sección Segunda del Tribunal se pronunció sobre la conciliación celebrada (20 de agosto de 1991), es a partir de esta fecha cuando principia a correr el término que faltaba para completar los cuatro meses consagrados en el artículo 136 del C.C.A.

Por lo tanto, hasta el 20 de septiembre procedía la presentación de la demanda, y como el demandante lo hizo el 15 de octubre de 1991, claramente surge la caducidad de la acción.

II–. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

El recurrente finca su inconformidad a través de los siguientes argumentos, los cuales pueden resumirse así:

1–. Los 60 días a que se refiere el artículo 61 de la Ley 23 de 1991 se entienden hábiles, conforme lo expresa el artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal.

2–. De igual manera el artículo 121 del C. de P. C. se refiere a que en los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial.

3–. El Consejo de Estado en sentencia de 14 de marzo de 1981, con ponencia del Doctor Alvaro Orejuela Gómez, reitera que en los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y vacantes a menos de expresarse lo contrario.

4–. Si la solicitud de conciliación prejudicial se presentó el 21 de junio de 191, los sesenta días hábiles se vencían el 17 de septiembre (descontando los festivos del 7 y

19 de agosto). El 17 de septiembre faltaba un mes que vencía el 17 de octubre, y como la demanda se presentó el 15, se hizo dentro del término legal.

III–. CONCEPTO FISCAL

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación considera que debe confirmarse el fallo apelado por cuanto el artículo 61 de la Ley 23 de 1991 persigue facilitar la conciliación y al limitar la suspensión "por un plazo no mayor de 60 días", se está indicando que puede ser menor, si la etapa conciliatoria se surte dentro de un término más corto.

Por lo tanto, la circunstancia de que en el caso concreto del actor el lapso de interrupción del término de caducidad esté determinado por las fechas de iniciación y terminación de la etapa conciliatoria, que van desde el 21 de junio al 20 de agosto de 1991, hace inútil el argumento de la apelación.

IV–. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En el evento *sub-lite* cabe tener en cuenta lo siguiente:

1–. La Resolución No. 12 de 12 de febrero de 1991, emanada de la Alcaldía Municipal de Yumbo (Valle), impuso al actor una multa de 100 salarios mínimos legales vigentes que debía cancelar en la Tesorería de dicho municipio.

2–. Contra dicha Resolución interpuso el actor el recurso de reposición, que fue resuelto mediante Resolución No. 031 de 18 de marzo de 1991, notificada personalmente el 21 de marzo del mismo año, por la cual se agotó la vía gubernativa.

3–. El demandante solicitó ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca el 21 de junio de 1991, conciliación extraprocesal que fue decidida mediante auto de 6 de agosto de 1991, notificado por estado del 14 del mismo mes y año.

4–. La controversia gira en relación con la interpretación del artículo 61 de la Ley 23 de 1991 que es del siguiente tenor:

> "Durante el término de la vía gubernativa el trámite de la conciliación suspenderá el de aquélla durante un plazo que no excederá de sesenta (60) días.

Cuando no fuere procedente la vía gubernativa o estuviere agotada, el procedimiento conciliatorio suspenderá el término de caducidad de la respectiva acción por un plazo no mayor de sesenta (60) días".

Del contenido del artículo 61 de la Ley 23 de 1991 se colige, sin lugar a dudas, que los 60 días allí previstos, que lógicamente se entienden hábiles, son para el procedimiento conciliatorio, esto es, que la duración del mismo y para efectos de suspender el término de la vía gubernativa o de la caducidad de la acción respectiva, en tratándose de la vía jurisdiccional, no pueda exceder de 60 días. Pero decidido el proceso conciliatorio, continúa contándose para el demandante el plazo de meses que consagra el artículo 136 del C.C.A. para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues esta norma no fue modificada en ningún momento por el citado artículo 61 de la Ley 23 de 1991.

Ello significa que si el actor solicitó la conciliación extraprocesal el 21 de junio de 1991, esto es, cuando ya había transcurrido un término de 3 meses a partir de la notificación de la resolución 031 de 18 de marzo de 1991 (el 21 de marzo de 1991), por la cual se agotó la vía gubernativa, al concluir el proceso conciliatorio con el auto del Tribunal notificado el 14 de agosto de 1991 y ejecutoriado el 17 del mismo mes y año, en el cual se declaró inhibido para conocer del acuerdo contentivo de la conciliación extraprocesal (folios 158 a 159 del cuaderno principal), se reanudó el término consagrado en el artículo 136 del C.C.A., para lo cual contaba con un mes más para iniciar la acción, término este que vencía el 17 de septiembre de 1991.

Como quiera que la demanda fue presentada el 15 de octubre de 1991, es decir, cuando ya habían transcurrido más de 4 meses para el ejercicio de la acción, asistió razón al *a-quo* en declarar la caducidad y en consecuencia inhibirse para proferir pronunciamiento de mérito, por lo cual habrá de confirmarse el fallo apelado.

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:

CONFIRMARSE la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES/ DECRETO LEGISLATIVO/ACTO ADMINISTRATIVO/CONTROL CONSTITUCIONAL/CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD/ CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA RESIDUAL/CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA/SANTAFE DE BOGOTA–Régimen Especial/ **ESTATUTO DE BOGOTA**

El Decreto acusado, expedido con fundamento en el artículo transitorio 41 de la Constitución y "por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá", tiene la categoría de Ley por cuanto corresponde al ejercicio de una facultad excepcionalmente conferida por la Carta al Gobierno pero cuyo ejercicio corresponde normalmente al Congreso como legislador. Desde el punto de vista material y jerárquico, el Decreto analizado constituye un acto de naturaleza legislativa. Sin embargo, esta primera conclusión no implica que el control de constitucionalidad del citado Decreto corresponda a la Corte Constitucional y no al Consejo de Estado. No existe una cláusula general de competencia en materia de control de constitucionalidad en cabeza de un órgano judicial determinado. En ese sentido, la Constitución ha preferido realizar el reparto de competencias en esa materia sobre la base de los actos específicos sometidos al control, con el fin de ser consecuente con el sistema de control difuso, y para ello ha acudido de manera preferente, tanto en el régimen anterior como en el actual, al criterio orgánico o formal, que permite una aplicación más sencilla y práctica y, en consecuencia, contribuye a evitar conflictos de competencia o de jurisdicción. Como prueba de que la competencia respecto de las Leyes está basada en el criterio orgánico o formal y no en el material o jerárquico, los numerales 5 y 7 del artículo 241 se refieren al control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional de algunos

Decretos específicos del Gobierno, con fuerza de Ley o legislativos, como son concretamente los dictados con fundamento en los artículos 150 numeral 10, 314, 212, 213 y 215 de la Constitución. Además, algunas normas transitorias de la Carta, como los artículos transitorios 5, 6 y 10 consagran igualmente y de manera expresa la competencia de la Corte Constitucional para conocer de la constitucionalidad de los Decretos a que ellos hacen referencia. Para efectos del control de constitucionalidad del Decreto 1412 de 1993, no se aplica el mencionado criterio material sino el formal u orgánico, por mandato expreso de la Constitución Política, ya que esta no atribuye su control a la Corte Constitucional, quedando sometido, en consecuencia, a la cláusula general de competencia o competencia residual del Consejo de Estado, prevista en el artículo 237-2 de la citada Constitución.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2902. Actor: Luis Alfonso Velasco Parrado y otro.

El ciudadano y abogado Luis Alfonso Velasco Parrado, obrando en nombre propio y como apoderado de la Asociación Nacional de Técnicos en Telefonía y Comunicaciones Afines "ATELCA", en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A. acude ante esta Corporación para demandar la declaratoria de nulidad, previa suspensión provisional de los artículos 56, 129, 130-8, 155, 156, 157, 159, 163, 164 incisos segundo, tercero y cuarto, 165, 166, 167 y 168 del Decreto 1421 de 1993, "por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé (sic) de Bogotá", expedido por el Gobierno Naconal en uso de las atribuciones conferidas por el artículo transitorio 41 de la Constitución Política.

Como quiera que mediante escrito de fecha 13 de mayo de 1994, obrante a folios 243 a 254 del expediente, el señor Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado plantea un conflicto de competencia entre la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la jurisdicción constitucional, debido a que en la actualidad se adelantan varios procesos de manera simultánea ante la Corte Constitucional y en esta Corporación en contra del mismo decreto cuya declaratoria de nulidad parcial solicitan los accionistas, la Sala Unitaria considera que para efectos de tramitar dicho conflicto

se requiere estudiar la competencia del Consejo de Estado para conocer de la demanda instaurada, a lo cual se procede a continuación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.– La naturaleza jurídica del decreto demandado

Para la Sala Unitaria es claro, que el Decreto acusado, expedido con fundamento en el artículo transitorio 41 de la Constitución y "por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá", tiene la categoría de ley por cuanto corresponde al ejercicio de una facultad excepcionalmente conferida por la Carta al Gobierno pero cuyo ejercicio corresponde normalmente al Congreso como legislador.

En efecto, de acuerdo con el artículo 150 de la Constitución, "corresponde al Congreso hacer las leyes", y según el artículo 322 de la misma Carta, el régimen político, fiscal y administrativo del Distrito Capital de Santafé de Bogotá "será el que determinen la Constitución, **las leyes especiales que para el mismo se dicten** y las disposiciones vigentes para los municipios" (destacado fuera de texto). A su vez, con el fin de dar aplicación al nuevo régimen constitucional, el artículo transitorio 41 previó que "si durante los dos años siguientes a la fecha de promulgación de esta Constitución, el Congreso no dicta la ley a que se refieren los artículos 322, 323 y 324, sobre régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, **el Gobierno, por una sola vez expedirá las normas correspondientes**" (destacado fuera de texto).

Lo anterior quiere decir que desde el punto de vista material y jerárquico, el decreto analizado constituye un acto de naturaleza legislativa.

Sin embargo, esta primera conclusión no implica que el control de constitucionalidad del citado Decreto corresponda a la Corte Constitucional y no al Consejo de Estado.

2.– El régimen de control de constitucionalidad en la Constitución Colombiana

A este respecto, lo primero que debe hacer notar la Sala Unitaria es que el constituyente de 1991 mantuvo el régimen de control difuso de constitucionalidad que se venía aplicando desde la Constitución anterior y desechó expresamente la posibilidad de implantar un régimen de control de constitucionalidad concentrado o unificado, como se planteó por el Gobierno en su proyecto de reforma constitucional.

La aplicación del mencionado régimen de control difuso implica que, a pesar de existir un órgano encargado fundamentalmente de "la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución" (Corte Suprema de Justicia en la Constitución anterior

y Corte Constitucional en la Carta de 1991), según los términos del artículo 241, dicho control no está reservado de manera exclusiva y excluyente a ese órgano, sino que también corresponde a la jurisdicción de lo contencioso adminstrativo a través de las acciones que pueden ejercerse ante el Consejo de Estado y ante los tribunales administrativos, y aún a todos los jueces de la República a través de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, consagrada en el artículo 4o. de la carta, y de acciones especiales como la de tutela, prevista en el artículo 86 de la misma. Como expresión y consecuencia lógica de lo anterior, el mismo texto del citado artículo 241 agrega que la mencionada competencia de la Corte Constitucional para "la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución", la ejercerá "en **los estrictos y precisos** términos de este artículo" (destacado fuera de texto), procediendo a renglón seguido a enumerar las funciones que le corresponden, en forma tal que ellas no pueden entenderse sino como competencias de atribución taxativas y de ninguna manera como una cláusula general de competencia, como en algunas ocasiones se pretende afirmar.

3.– Distribución de competencias en materia de control de constitucionalidad entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado

De lo expresado anteriormente resulta de manera clara que no existe una cláusula general de competencia en materia de control de constitucionalidad en cabeza de un órgano judicial determinado. En ese sentido, la Constitución ha preferido realizar el reparto de competencias en esa materia sobre la base de los actos específicos al control, con el fin de ser consecuente con el sistema de control difuso, y para ello ha acudido de manera preferente, tanto en el régimen anterior como en el actual, al criterio orgánico o formal, que permite una aplicación más sencilla y práctica y, en consecuencia, contribuye a evitar conflictos de competencia o de jurisdicción.

Es así como, en el ya citado artículo 241, la Carta ha atribuido expresamente a la Corte Constitucional el control de constitucionalidad, entre otros, sobre los actos reformatorios de la Constitución por vicios de procedimiento en su formación (numeral 1), las convocatorias a un referendo o a una Asamblea Constituyente igualmente por vicios de procedimiento en su formación (numeral 2), así como sobre los referendos sobre leyes y las consultas populares y plebiscitos del orden nacional (numeral 3). Específicamente en relación con las leyes, el numeral 4 le atribuye la competencia para decidir sobre las demandas de inexequibilidad contra todas ellas, entendidas como actos emanados del Congreso de acuerdo con el artículo 150, consagrando así una competencia general pero limitada a estos actos, dentro del listado de competencias de atribución que contiene todo el artículo 241. Igualmente, los numerales 8 y 10 atribuyen a la Corte la competencia para decidir sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno, de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben.

Pero como prueba de que la competencia respecto de las Leyes está basada en el criterio orgánico o formal y no en el material o jerárquico, los numerales 5 y 7 del artículo 241 se refieren al control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional de algunos Decretos específicos del Gobierno, con fuerza de ley o legislativos, como son concretamente los dictados con fundamento en los artículos 150 numeral 10, 314, 212, 213 y 215 de la Constitución. Además, algunas normas transitorias de la Carta, como los artículos transitorios 5, 6 y 10 consagran igualmente y de manera expresa la competencia de la Corte Constitucional para conocer de la constitucionalidad de los Decretos a que ellos hacen referencia.

Concordante con lo anterior, el numeral 2 del artículo 237 consagra expresamente que corresponde al Consejo de Estado conocer de las acciones por inconstitucionalidad "de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponde a la Corte Constitucional", lo cual ratifica de manera clara que en relación con los Decretos del Gobierno la cláusula general de competencia está atribuida al Consejo de Estado, mientras que a la Corte Constitucional corresponde una competencia de atribución específica. Si ello no fuera así, para la Sala Unitaria es evidente que la Constitución hubiera preferido repartir la competencia atribuyendo a la Corte el conocimiento no sólo de las leyes en general sino de los "Decretos del Gobierno con fuerza o categoría de ley", de tal manera que la competencia del Consejo de Estado respecto "de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponde a la Corte", en esas circunstancias sería sobre "los decretos dictados por el Gobierno Nacional que no tengan fuerza o categoría de ley" y sólo en las mismas circunstancias podría así interpretarse la atribución de competencia al máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

Por lo mismo, la Sala Unitaria concluye, que para efectos del control de constitucionalidad del Decreto 1421 de 1993, no se aplica el mencionado criterio material sino el formal u orgánico, por mandato expreso de la Constitución Política, ya que esta no atribuye su control a la Corte Constitucional, quedando sometido, en consecuencia, a la cláusula general de competencia o competencia residual del Consejo de Estado, prevista en el artículo 237-2 de la citada Constitución.

De acuerdo con lo anterior, y previamente a decidir sobre la admisión de la demanda, en la parte resolutiva de esta providencia se solicitará a la H. Corte Constitucional remitir a esta Corporación, los procesos radicados bajo los números D-469, D-563 y acumulados números D-590, D-597 y D-603, de los cuales son ponentes los señores magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa, relacionados por el señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación en el memorial de que se da cuenta al inicio de este proveído.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, en Sala Unitaria,

RESUELVE:

DECLARASE COMPETENTE para conocer de los procesos en los cuales se controvierte o se controvierta la constitucionalidad del Decreto 1421 de 1993, "por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá", expedido por el Gobierno Nacional. En consecuencia, solicítese a la H. Corte Constitucional remitir a esta Corporación los procesos radicados bajo los números D-469, D-563 y acumulados números D-590, D-597 y D-603, de los cuales son ponentes los señores magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa. Con envío de copia íntegra de esta providencia, líbrese el correspondiente oficio.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

USO DE AGUAS/SERVIDUMBRE DE TRANSITO–Requisitos

La condición de dominio privado o público de las aguas no es relevante para efectos de que por ministerio de la ley puedan usarse por terceras personas, en el primer caso para fines domésticos exclusivamente y con el cumplimiento de los requisitos a que hace alusión el artículo 34 del Decreto Reglamentario 151 de 1978. Por ello la motivación que sobre la condición de las aguas contienen los actos acusados no es capaz de enervar sus efectos, como quiera que bien se trate de aguas de dominio público o de dominio privado, como ya se dijo, son susceptibles de uso por ministerio de la Ley. Asistió razón al *a-quo* en cuanto consideró que los actos acusados no contrarían esta disposición ya que el artículo 2o. de la Resolución 0016 de 2 de enero de 1990 supedita el uso al previo acuerdo con la actora sobre el camino y las horas para hacer efectivo el derecho o en defecto de éste al trámite de la servidumbre de tránsito que se surta ante la jurisdicción civil. De tal manera que hasta tanto no suceda lo anterior no puede la beneficiaria de las resoluciones cuestionadas hacer uso de las aguas.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2777. Recurso de apelación contra la sentencia de 21 de octubre de 1993. Actora: Sociedad M.C.G. LIMITADA.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la sociedad actora contra la sentencia de 21 de octubre de 1993, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las súplicas de la demanda.

I–. ANTECEDENTES

I.1–. La sociedad M.C.G. LIMITADA, a través de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a que mediante sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

a): Que son nulas las resoluciones Nos. 0016 de 23 de enero de 1990 y 408 de 23 de mayo del mismo año, expedidas por el Instituto Nacional de los Recursos Naturales y del Ambiente –INDERENA– Regional Cundinamarca, por medio de las cuales se declaró que la Junta de Acción Comunal de la vereda Cucharal del municipio de Fusagasugá tiene derecho a hacer uso por ministerio de la ley de las aguas de la fuente conocida con el nombre de pozo de "Piedra del Santuario", ubicadas dentro del predio "Loma Linda", propiedad de la sociedad M.C.G. Limitada, vereda Cucharal de Fusagasugá, y se resolvió el recurso que agotó la vía gubernativa.

b): Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se declare que, en protección a la propiedad privada, la Junta de Acción Comunal de la vereda El Cucharal no puede utilizar el agua que mana de los aljibes ubicados en el predio Loma Linda por cuanto son aguas de uso privado que nacen y mueren en el mismo predio.

c): Que el INDERENA deberá indemnizar a la Sociedad Grupo M.C.G. LIMITADA el valor de 1.000 gramos oro por los perjuicios morales que debió sufrir el representante legal de esa firma, señor MIGUEL ANTONIO CARO BERMUDEZ, pues su buen nombre y el good willl de su sociedad han sufrido menoscabo con la expedición de los actos administartivos impugnados.

d): Que el INDERENA deberá indemnizar a dicha sociedad los perjuicios materiales, que comprenden el lucro cesante y el daño emergente, con la actualización de las cifras, teniendo en cuenta la pérdida del valor del poder adquisitivo del peso colombiano, de acuerdo con los criterios que tiene preestablecidos el H. Consejo de Estado para este aspecto.

I.2–. Como normas violadas se señalaron en la demanda los artículos 16, 20, 30 y 32 de la Constitución Nacional de 1886, 674, 676 y 677 del C.C., 53 del Decreto 2811 de 1974, 1o., 18, 20, 28 y 34 del Decreto 1541 de 1978 y el C.C.A.

Para señalar el alcance de tales violaciones el apoderado de la actora adujo, en síntesis, que el INDERENA con el pronunciamiento de sus resoluciones dejó expósito los bienes de su propiedad adquiridos con justo título y buena fe favoreciendo a la Junta de Acción Comunal, que dice ser propietaria de esos predios, so pretexto de que son campesinos, utilizando la mala fe.

Las Resoluciones acusadas desconocieron el contenido del artículo 677 del C.C., que define cuáles son las aguas de dominio público y las que se exceptúan, como son las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, siendo este el caso del precio Loma Linda. En relación con este artículo el INDERENA en los actos acusados expresó que se trataban de aguas corrientes y no de dominio privado, como inicialmente las denominó el mismo organismo estatal.

En cuanto a la violación del Código de Recursos Naturales contenido en los Decretos 2811 de 1974 y su reglamentario el 1541 de 1978, precisa:

El artículo 34 literal c) del Decreto 1541 de 1978, trata sobre el hecho de que para usar aguas de un aljibe que se encuentra dentro de una propiedad privada se debe obtener previamente acuerdo con el dueño del fundo. Este acuerdo jamás existió.

Existe falsa motivación, porque:

La Resolución No. 0016 de 24 de enero de 1990, con fundamento en el artículo 32 del Decreto 1541 de 1978, califica a las aguas de pozo de Piedra del Santuario ubicadas dentro del predio Loma Linda de propiedad de la sociedad actora, como de uso público, haciéndolo con un fundamento jurídico ilegal.

La Resolución anotada calificó las aguas como de uso público y concedió su uso por ministerio de la ley.

El artículo 18 del referido Decreto 1541 de 1978, que contiene los cuatro elementos esenciales para calificar las aguas como privadas, como son las del pozo de Piedra del Santuario ubicado en el predio Loma Linda de propiedad de la actora, no fue observado por el Inderena al expedir los actos demandados.

Se violaron los artículos 20 a 27 del Decreto 1541 de 1978, que reglamentan la declaratoria de extinción del dominio privado de las aguas, la forma como procede y la solicitud de obtener concesión de uso de dichas aguas, porque no fueron observados por el INDERENA en las Resoluciones acusadas. Según esos artículos, en consonancia con los artículos 86 a 89 del Decreto Ley 2811 de 1974, salvo excepciones especiales, sólo puede hacerse uso de las aguas por ministerio de la ley y por concesión. Por ministerio de la ley cuando se trata de aguas de uso público y/o de dominio privado, pero en este evento exclusivamente para consumo doméstico. Y ya sea que el uso de las aguas se dé por ministerio de la ley o por concesión, está sujeto a la disponibilidad

del recurso hídrico y/o a las necesidades que imponga el objeto para el cual se destina. En este caso la Junta de Acción Comunal de la Vereda Cucharal tiene acueducto del municipio.

I.3–. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, habiendo culminado la primera instancia con la expedición de la sentencia de 21 de octubre de 1993, que fue oportunamente apelada por el apoderado de la actora.

II–. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Para denegar las súplicas de la demanda el *a-quo* razonó, principalmente, de la siguiente manera:

1o): El Código Civil en su artículo 677 preceptúa que los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios, exceptuando las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, respecto de las cuales su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas y pasan con estos a los herederos y demás sucesores y dueños.

Este precepto se presenta como de carácter exceptivo frente al principio general de que sobre las corrientes de agua superficiales: ríos, arroyos, quebradas, sobre las lagunas, lagos y demás depósitos naturales no se tolera la propiedad privada en razón de constituir un recurso indudable de valor cada día más.

2o): El artículo 678 del Código Civil, dispone que el uso y goce que para cualquier objeto lícito corresponda a los particulares en los ríos y en todas las aguas que corren por cauces naturales, que son bienes de la Nación de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código y a las demás leyes. Este mandato legal está ratificado de modo especial en el artícul 683 del mismo Código, donde se lee:

> "No se podrán sacar canales de los ríos para ningún objeto industrial o doméstico, sino con arreglo a las leyes respectivas".

Los artículos 892, 893 y 894 del C. C. hay que entenderlos como desarrollo y complemento obligado de los artículos 678 y 683, y forman con ellos un solo todo, un conjunto armónico que no se puede separar.

Se puede concluir que son aguas de uso público, o sea, que no admiten propiedad privada respecto de las cuales la Nación tiene la nuda propiedad, pues los atributos de uso y de goce pertenecen a todos los habitantes dentro de las regulaciones que al efecto se expidan, las corrientes que no nacen y mueren dentro de una misma heredad y que corran por un cauce natural.

Con el artículo 677 del C. C. que declara como de uso público las corrientes de agua, solo se ha querido que el Estado se reserve el derecho de legislar como mejor convenga a los intereses comunes, sin que pueda alegar en el futuro derechos adquiridos. Pero eso se refiere exclusivamente a aquellas corrientes que por su naturaleza pueden ser objeto de un aprovechamiento común, pero no a las pequeñas corrientes, que por su magnitud no son susceptibles de un uso público, porque no se puede navegar con ellas, ni tienen riberas de uso público que faciliten la pesca, y porque todo uso que se pretendiera hacer de las corrientes de pequeño caudal por parte de los no riberanos implicaría una intromisión en fundos ajenos.

3o): Los artículos 678 a 682 y 897 y 898, están diciendo que sólo son aplicables a las corrientes que son de uso público, y no a las de uso común ni a las de propiedad privada.

Si el artículo 677 dice que son bienes de uso público todas las aguas que corren por cauces naturales, sean grandes o pequeñas, no hay asidero para considerar como de uso público los grandes ríos y como de uso común las corrientes pequeñas.

Partiendo de la distinción de las aguas hecha en el aparte anterior lo cierto es que el agua es un recurso natural que merece toda la protección por ser vital para la vida humana, los vegetales y animales, razón por la cual se justifica toda la legislación tendiente a regular su uso y protección.

El C. C. contiene varias disposiciones sobre el ejercicio del derecho de usar el agua, aun en el caso de aguas de dominio privado, acorde con la definición que da el último aparte del artículo 677. Se regula por ejemplo el uso de aguas de dominio público que corren naturalmente por un predio por el dueño de tal heredad siempre y cuando tal uso sea conveniente para los menesteres domésticos (artículo 892); el uso de las aguas lluvias (artículo 896) y además en lo referente al capítulo de servidumbres legales se preceptúa que toda heredad está sujeta a la servidumbre de acueducto en favor de otra heredad que no disponga de las aguas necesarias para el cultivo de las sementeras, plantaciones o pastos, o en favor de un pueblo que las haya de menester para el servicio doméstico o en favor de un establecimiento industrial que las necesite (artículo 919).

¿Acaso no son los citados ejemplos de uso de las aguas por ministerio de la ley siendo que regula indistintamente el uso de aguas de dominio público y aguas de dominio privado?

4o): El Decreto 2811 de 1974 o Código de los Recursos Naturales empieza a definir que el ambiente es un patrimonio común y la preservación y manejo de los recursos naturales renovables son de utilidad pública e interés social. Enumera los recursos que se entienden como renovables, entre otros, el agua en todos sus estados.

Sienta como principio general el que la Nación tiene el dominio sobre los recursos naturales (artículo 42), sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por los particulares, y entre los modos de adquirir el derecho para usar los recursos renovables de dominio público cita: el uso por ministerio de la ley; el permiso; la concesión; y la asociación.

Impone restricciones y limitaciones al dominio privado de los recursos naturales renovables por razones de interés social o de utilidad pública debido al uso colectivo o individual del recurso.

En la parte II (artículos 77 y s.s.) el Código de Recursos Naturales trata de las aguas no marítimas, dentro de las cuales se incluyen las aguas superficiales, las meteóricas (las que se encuentran en la atmósfera) y las subterráneas, sentando como regla general que son de dominio público, a excepción de los derechos adquiridos.

El título III trata de los modos de adquirir el derecho de uso de las aguas y en el capítulo I se refiere a los usos por ministerio de la ley. En cuanto a las aguas de dominio público se preceptúa que el derecho de toda persona es el de utilizar las aguas de dominio público para satisfacer sus necesidades elementales, las de su familia y las de sus animales, siempre que no se cause perjuicios a terceros, uso que deberá hacerse sin derivaciones ni empleo de máquinas o aparatos ni con detención o desvío de las aguas ni deteriorando el cauce o las márgenes de la corriente y sin contaminar las aguas en forma que imposibilite su uso por parte de terceros.

En el artículo 87 se establece el uso de las aguas de dominio privado por ministerio de la ley, con el señalamiento de que tal uso se hará exclusivamente para fin doméstico.

5o): El Decreto 1541 de 1978, que es reglamentario del Decreto 2811 de 1974, en el capítulo II trata de los usos por ministerio de la ley, señalando en los artículos 32 y 33 el uso de las aguas de dominio público, uso que deberá hacerse dentro de las restricciones que establece el inciso 2o. del artículo 86 de la norma que reglamenta.

El artículo 34 señala los requisitos para el uso por ministerio de la ley de aguas de dominio privado con fines domésticos, a saber: que con la utilización de tales aguas no se cause perjuicio al fundo donde se encuentran; que el uso doméstico se haga sin establecer derivaciones, ni emplear máquinas, ni aparatos, ni alterar ni contaminar el agua de forma que se imposibilite su aprovechamiento por el dueño del predio; y que previamente se haya acordado con el dueño del fundo el camino y las horas para ser efectivo ese derecho.

6o): De acuerdo con los preceptos antes analizados la Sala establece que el uso de las aguas se da en ocasiones por ministerio de la ley y en virtud del mismo cobija

tanto las aguas de dominio público como las de dominio particular, por lo cual se desprende que en el caso en estudio las probanzas allegadas con el fin de determinar si las aguas del pozo Piedra del Santuario situada en el predio Loma Linda son de dominio público o privado para deducir los requisitos que de conformidad con el Decreto 2811 de 1974 y su reglamentario Decreto 1541 de 1978 no era necesario en uno u otro evento para que terceras personas hicieran uso por ministerio de la ley.

En primer lugar resulta válida la argumentación de la apoderada de la parte demandada en el sentido de que los usos por ministerio de la ley no requieren permiso alguno ya que así se lee claramente del articulado que conforma el capítulo I del título II de la parte II Aguas no Marítimas. El uso por ministerio de la ley se hace por disposición de ésta y se refiere tanto a aguas de dominio público como a las de dominio privado.

En lo tocante al caso concreto la principal crítica que se hace a los actos acusados mediante los cuales el Inderena declaró que la Junta de Acción Comunal de la vereda El Cucharal tiene derecho a usar por ministerio de la ley las aguas del pozo Piedra del Santuario, no es el acto por el cual se permite dicho uso pues como ya se advirtió el mismo deriva directamente del texto con fuerza de ley que se ha analizado. Lo que ocurrió, de acuerdo con las probanzas aportadas, con las motivaciones contenidas en aquéllos y en la iniciación misma de la actuación administrativa, fue que entre el propietario del fundo y los terceros que solicitaban el uso del agua del pozo Piedra del Santuario no existían las mejores relaciones propicias para lograr el ejercicio de tal derecho, que llevó a los últimos a acudir ante la autoridad administrativa, la que después de la actuación respectiva profirió las Resoluciones acusadas.

A este respecto el principal cargo que se hace a esas Resoluciones es el de que no se siguió el procedimiento indicado en el artículo 34 del Decreto 1541 de 1978 ya que no existió previo acuerdo entre el propietario del predio en donde se encuentra ubicado el pozo Piedra del Santuario y los terceros que alegaban su uso, tal como lo señala el literal c) de dicha norma, acuerdo que debía versar sobre el camino y las horas para hacer efectivo ese derecho. Esa aseveración es cierta porque así se deduce de las pruebas que obran dentro de la actuación administrativa que adelantó el Inderena y porque así mismo se lee en los considerandos y en la parte resolutiva de los actos acusados. En efecto, el acto administrativo aparece condicionado al trámite de la servidumbre de tránsito, en caso de que la determinación de la misma no pudiere hacerse de común acuerdo entre las partes.

7o): Para la Sala el requisito de que trata el artículo 34 literal c) del Decreto 1541 de 1978, de que sea previo el acuerdo entre las partes, en realidad puede interpretarse de una forma más amplia acorde al contenido de la materia que regula y prácticamente es el resultado de las limitaciones y restricciones del dominio y que igualmente

se trata en dicho Decreto en el titulo VI, capítulo I, Servidumbres de Interés Público, y en donde se consagra que todo predio está sujeto a la servidumbre de acueducto en favor de otra heredad que carezca de aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos, o en favor de un pueblo que las haya menester para el servicio doméstico de los habitantes, o de un establecimiento industrial que las necesite para el movimiento de sus máquinas.

A esta última norma acudió el Inderena para someter al condicionamiento del ejercicio del derecho que se reconocía mediante las resoluciones acusadas a la obtención de la servidumbre de tránsito en el caso de no operar acuerdo entre las partes como al parecer y dados los antecedentes de la actuación no se iba a conseguir.

El hecho de que la administración reconociera el derecho al uso por ministerio de la ley de las aguas, sin que previamente se aportara prueba de que existía acuerdo entre el propietario del fundo y los interesados sobre el uso del camino y las horas para ejercer el mismo, no invalida el acto administrativo, pues analizados los antecedentes hizo tal declaración pero sometió su ejercicio a la consecución de tal servidumbre de tránsito, acorde a los proyectos del Código Civil y fundamentándose en las disposiciones del Decreto 1541 de 1978 que menciona.

En consecuencia, ninguna arbitrariedad se observa en la actuación del Inderena.

8o): El hecho de que el predio de propiedad de la sociedad actora por disposición del Concejo Municipal ahora sea urbano, como se desprende de la declaración y documentos aportados dentro del período probatorio, tampoco es circunstancia de la que se derive la incompetencia del Inderena para la expedición de los actos acusados, puesto que las normas de competencia que deberán tenerse en cuenta son las que existían al momento de ser expedidos y tal hecho no se ha desvirtuado en el proceso.

De los anteriores planteamientos se desprende que no se probó la violación de las normas constitucionales y legales citadas en la demanda como infringidas y en especial las del Decreto 1541 de 1978, debido a que el examen de la normatividad que dicho precepto reglamenta parcialmente (Decreto 2811 de 1974, artículos 67 y s.s.), establece la imposición de limitaciones y restricciones a la propiedad privada, y, además, la misma actora alega que las aguas a que se refieren los actos acusados son de dominio privado, lo cual excluye su uso por medio de concesión.

III–. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de discrepancia del recurrente con el fallo apelado pueden sintetizarse así:

1–. Como se dijo a folio 22 del proceso, los actos acusados contenían falsa motivación, aspecto que la sentencia no estudió con la debida profundidad, puesto que dejan ver claro que las aguas que nacen y mueren en el predio Loma Linda son aguas de dominio público y se estaban alimentando los ánimos torticeros de los miembros de la Junta de Acción Comunal de la Vereda El Cucharal, que como se probó, tenían actitudes no muy claras y eran en efecto usurpadores de los dos pequeños nacederos de agua. Además, la inspección ocular practicada por dos funcionarios expertos, mostraron que dichas aguas no conforman un cauce y mucho menos salen a otros predios, por lo cual está ahí probada la falsa motivación que fue inobservada por el H. Tribunal.

2–. Las Resoluciones acusadas se enderezaron en su parte motiva a otorgarle la razón y el derecho a los miembros de la Junta de Acción Comunal de la Vereda El Cucharal, quienes por no tener demasiada instrucción se llamaban a engaño, convencidos de que la autorización del uso de esos dos pequeños aljibes por ministerio de la Ley, les daba un derecho evidente sin cumplir con el requisito del numeral 2o. de la parte resolutiva.

3–. En la sentencia no se valoraron en toda su dimensión las motivaciones falsas antes indicadas. Existen otras, de acuerdo con las claras precisiones a que se llegó en el experticio de los peritos, visible a folios 258 a 262, que deben ser estudiadas por el Consejo de Estado.

IV–. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La controversia gira en torno del supuesto de derecho de que parte la sociedad actora de que por ser las aguas del pozo "Piedra del Santuario" ubicado dentro del predio Loma linda de su propiedad, de dominio privado, no puede disponerse su uso, por ministerio de la ley, a terceras personas.

Así se infiere claramente de las pretensiones de la demanda, del concepto de la violación y de los fundamentos expuestos en el escrito contentivo del recurso de apelación que han quedado reseñados.

En efecto, en la pretensión segunda de la demanda solicita la actora que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos acusados se declare, en protección de la propiedad privada, que la Junta de Acción Comunal de la Vereda El Cucharal no puede utilizar el agua de los aljibes ubicados en el predio Loma Linda "por cuanto son aguas de uso privado que nacen y mueren en el mismo predio".

De igual manera el alcance de la violación de las normas constitucionales y legales que invoca como transgredidas descansa en el hecho de que lo dispuesto en los actos

acusados deja expósitos los bienes de su propiedad, por cuanto las aguas objeto de las mismas son de dominio privado.

La censura de falsa motivación a que se circunscribe el recurso de apelación tiene como soporte el hecho de que por haber calificado el INDERENA las aguas del citado pozo como de dominio público, concedió su uso por ministerio de la Ley.

Para demostrar tal censura insiste en el dictamen pericial que obra en el proceso el cual determina que dichas aguas son de dominio privado.

Para la Sala la sentencia recurrida habrá de confirmarse, por las siguientes razones:

El artículo 1o. del Decreto Ley No. 2811 de 1974 (Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente), dispone que la preservacion y manejo de los recursos naturales renovables son de utilidad pública e interés social.

El artículo 3o. *ibídem* señala como recurso natural renovable, entre otros, a las aguas en cualquiera de sus estados.

El artículo 43 *ibídem* por su parte prevé que el derecho de propiedad privada sobre recursos naturales renovables deberá ejercerse como función social, sujeto a las limitaciones y demás disposiciones establecidas en dicho Código y otras Leyes pertinentes.

El artículo 87 *ibídem* prescribe que "por ministerio de la Ley se podrá hacer uso de aguas de dominio privado, para consumo doméstico exclusivamente".

El capítulo II del título III del Decreto reglamentario No. 1541 de 1978, regula los usos de las aguas por ministerio de la ley. En su artículo 32 se refiere a la utilización de las aguas de uso público, y en su artículo 34 estatuye que:

> "Para usar las aguas de dominio privado con fines domésticos se requiere:
>
> a) Que con la utilización de estas aguas no se cause perjuicio al fundo donde se encuentran;
>
> b) Que el uso doméstico se haga sin establecer derivaciones, ni emplear máquinas, ni aparatos, ni alterar o contaminar el agua en forma que se impositilite su aprovechamiento por el dueño del predio, y
>
> c) Que previamente se haya acordado con el dueño del fundo el camino y las horas para hacer efectivo ese derecho".

De lo anterior se colige que si bien es cierto en el caso *sub-exámine* la resolución No. 408 de 23 de mayo de 1990 tuvo como fundamento para su expedición, entre otros

aspectos, que las aguas del pozo "Piedra del Santuario" son de dominio público, y según se lee en el dictamen pericial obrante a folios 258 a 262 del cuaderno principal, tales aguas son de dominio privado, aunque las aguas del cauce ubicado en la parte inferior de los terrenos del predio Loma Linda, donde confluyen las dos pequeñas vertientes, por provenir de otros predios, son aguas de uso público, no lo es menos que la condición de dominio privado o público de las aguas no es relevante para efectos de que por ministerio de la ley puedan usarse por terceras personas, en el primer caso para fines domésticos exclusivamente y con el cumplimiento de los requisitos a que hace alusión el artículo 34 del Decreto Reglamentario No. 1541 de 1978. Por ello la motivación que sobre la condición de las aguas contienen los actos acusados no es capaz de enervar sus efectos, como quiera que bien se trate de aguas de dominio público o de dominio privado, como ya se dijo, son susceptibles de uso por ministerio de la ley.

En cuanto a los requisitos para el uso de las aguas de dominio privado, la sociedad actora en el concepto de la violación aduce que no se tuvo en cuenta el contenido en el literal c), esto es, el acuerdo previo con el dueño del fundo.

Sobre el particular advierte la Sala que asistió razón al *a-quo* en cuanto consideró que los actos acusados no contrarían esta disposición ya que el artículo segundo de la Resolución No. 0016 de 24 de enero de 1990 supedita el uso al previo acuerdo con la actora sobre el camino y las horas para hacer efectivo el derecho o en defecto de éste al trámite de la servidumbre de tránsito que se surta ante la jurisdicción civil. De tal manera que hasta tanto no suceda lo anterior no puede la beneficiaria de las resoluciones cuestionadas hacer uso de las aguas.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día veintinueve (29) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

COMERCIO EXTERIOR–Regulación/**REGIMEN ADUANERO/GOBIERNO NACIONAL**–Facultades/**LEGISLACION ADUANERA/IMPORTACION DE MATERIAS TEXTILES Y SUS MANUFACTURAS/DIRECTOR DE IMPUESTOS NACIONALES**–Facultades/**GESTION TRIBUTARIA/ GESTION ADUANERA NACIONAL/LIBERTAD ECONOMICA**–Limitación/ **BIEN COMUN**

Si el Ejecutivo está facultado por ley para dictar normas generales sobre el particular, es decir, para regular el comercio exterior del país y modificar los aranceles, tarifas y DEMAS DISPOSICIONES CONCERNIENTES AL REGIMEN DE ADUANAS, en desarrollo de las normas generales que dicte el Congreso de la República sobre las mismas materias (artículo 76-22 de la C.N. de 1886, hoy artículo 150-19 de la C.N. de 1991), nada impide que a través de esa reglamentación general, radique en determinado empleo o cargo de la administración central funciones que tienen que ver con ese comercio exterior, en general, y con el régimen de aduanas, en particular, según las prescripciones del artículo 120-21 de la C.N. de 1886 y artículo 189-14 de la C.N. de 1991. Podía el Gobierno establecer que la importación de materias textiles y sus manufacturas al territorio nacional, únicamente podrá realizarse por determinado lugar habilitado para ello, según el señalamiento que se haga por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, que es el funcionario a quien corresponden, de manera general, las atribuciones de dirigir y administrar la gestión tributaria y aduanera nacional, en concordancia con las políticas trazadas en el programa macroeconómico y por el ministro de Hacienda y Crédito Público, según lo dispuesto en el Decreto 2117 de 29 de diciembre de 1992, dictado por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones que le confirió el artículo 20 transitorio de la Constitución de 1991. La existencia de un Decreto expedido por el Gobierno para reglamentar la

ley cuadro, que es una norma que tiene un alcance mayor en cuanto al contenido que puede darle a los Decretos reglamentarios; pues el Gobierno participa en la labor de legislar en materia de comercio exterior y de régimen de aduanas, que en principio corresponde al Congreso, conduce ineluctablemente a que no se pueda hablar del desconocimiento de la actividad económica y la iniciativa privada, es decir, de la libertad económica, pues es claro que ella está limitada por el bien común, y la ley cuadro y la norma del Ejecutivo que se dicte con fundamento en aquella, teniendo en cuenta ese bien común, pueden establecer requisitos previos como la importación por determinado lugar o puerto del país, en orden, como lo señala el artículo 2o., numeral 5o., de la Ley 7a. de 1991, a procurar una leal y equitativa competencia a la producción local y otorgarle una protección adecuada, en particular, contra las prácticas desleales de comercio internacional.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2666. Acción: Nulidad. Actor: Marco Antonio Fonseca Ramos.

Al no haber sido aprobado el proyecto de fallo presentado por el Consejero doctor ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ, procede la Sala a dictar la sentencia de única instancia para resolver la demanda que dio lugar al proceso de la referencia.

El ciudadano y abogado MARCO ANTONIO FONSECA RAMOS, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción que consagra el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación tendiente a que se declare la nulidad del Decreto No. 1851 de 15 de septiembre de 1993 "por el cual se dictan disposiciones en materia aduanera", expedido por el Gobierno Nacional.

I–. EL ACTO ACUSADO

Fue expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 189 numeral 25 de la Constitución Política, y con sujeción a los artículos 3o. de la Ley 6a. de 1971 y 2o. numeral 5o. de la Ley 7a. de 1991.

Su tenor literal es el siguiente:

"Artículo 1o. Importación de materias textiles y sus manufacturas. La importación de materias textiles y sus manufacturas al territorio nacional, únicamente podrá realizarse por los lugares habilitados que para tal efecto señale el director de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Artículo 2o. La presentación de la declaración de importación y el pago de los tributos aduaneros por la importación de materias textiles y sus manufacturas, deberá efectuarse en los bancos y demás entidades financieras autorizadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales ubicados dentro de la jurisdicción que corresponda al punto de entrada de dicha mercancía.

Artículo 3o. El presente Decreto rige desde la fecha de su publicación".

II–. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Como normas violadas por el Decreto acusado se señalan en la demanda los artículos 121, 122, 150 numeral 19 en sus literales b) y c), 188, 189 en sus numerales 10o. y 25, 208 y 333 de la Constitución Política, 3o. de la Ley 6a. de 1971 y 2o. numeral 5o. de la Ley 7a. de 1991:

En apoyo de su pretensión de nulidad, el actor adujo, en esencia, los siguientes cargos (folios 10 a 14):

PRIMER CARGO:

Según lo previsto en el artículo 150 numeral 19 de la Constitución Politica, corresponde al Congreso dictar las Leyes y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno, para efectos, entre otros, de regular el comercio exterior (literal b) y modificar, por razones de política comercial, los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas (literal c). Igualmente, le corresponde, de acuerdo con el artículo 333, mediante ley, delimitar el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación, e impedir, mediante tal delimitación, que se obstruya o restrinja tal libertad.

En concordancia con lo anterior, es función del Presidente de la República actuar en estas materias y áreas "de acuerdo con la ley" (artículo 189 numeral 25 C. P.) en forma tal que las limitaciones que imponga a la libertad económica, modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, se hagan dentro de los precisos mandatos del legislador.

Ni el artículo 2o. numeral 5o. de la Ley 7a. de 1991, ni el artículo 3o. de la Ley 6a. de 1971, ni ninguna otra norma constitucional o legal, facultan al Gobierno Nacional para asignar competencia al Director de Impuestos y Aduanas Nacionales con el objeto de que señale, respecto de la importación de textiles y sus manufacturas, lugares distintos de aquellos habilitados para la importación de la generalidad de los productos extranjeros, tal como lo hizo el Gobierno en el artículo 1o. acusado.

Según el artículo 2o. numeral 5o. de la Ley 7a. de 1991, aducido como una de las bases legales del Decreto demandado, el Gobierno para expedir las normas por las cuales habrá de regularse el comercio internacional del país, deberá tener en cuenta el principio de "procurar una leal y equitativa competencia a la producción local y otorgarle una protección adecuada, en particular, contra las prácticas desleales del comercio internacional". No puede el Gobierno otorgar una protección adecuada a la producción nacional si al mismo tiempo no procura sino que entorpece una leal y equitativa competencia a la producción local, o sea nacional. Esto último ocurre cuando se posibilita al Director de Impuestos y Aduanas Nacionales para fijar lugares habilitados para el ingreso de materias textiles y sus manufacturas que constituyen materia prima para la producción nacional, distintos de aquellos por los que ingresan los demás productos extranjeros. Con ello se está limitando tanto a los importadores de materias textiles y sus manufacturas, como a los productores que las utilizan para sus procesos productivos, como a los comerciantes que las venden y distribuyen, en su derecho fundamental a la libre actividad económica, cuyas restricciones sólo puede imponer el Gobierno Nacional conforme a las delimitaciones que el legislador autoriza.

Esta limitación, que discrimina a los importadores de textiles y sus manufacturas frente a los demás importadores y empresarios, como los que somete a ingresar sus mercancías por lugares que no coinciden con todos los habilitados por el Gobierno Nacional para el ingreso de las demás mercancías, pues de lo contrario el Decreto acusado sobraría y no tendría función alguna que cumplir, al coincidir con atribución del Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, que ya le otorgaba en general el artículo 11 del Decreto 755 de 1990, que modificó el 28 del Decreto 2666 de 1984, es medida limitante de las libertades de iniciativa, de actividad y de competencia económica de dichos importadores, que no autoriza el inciso 5o. del artículo 2o. de la Ley 7a. de 1991. No es este un mecanismo al que puede acudir el Gobierno como que la ley expresamente no lo señala. De esta forma violó el Gobierno la misma Ley 7a. de 1991 en general y el numeral 5o. de su artículo 2o. en particular, y con ello actuó en contravía de lo dispuesto en los artículos 121, 122, 189 numeral 25 y 150 numeral 19 literales b) y c) de la Constitución Política, por haber obrado el Presidente de la República en forma distinta a las funciones que le atribuye la Constitución y la Ley o extralimitación de las mismas.

SEGUNDO CARGO:

Se violó también el artículo 3o. de la Ley 6a. de 1971, aducido igualmente como base legal del Decreto acusado, porque este artículo establecía unos principios rectores para efectuar la revisión de la legislación en ese momento vigente (año de 1971) y en especial la Ley 79 de 1931. Tal legislación fue parcialmente revisada y derogada expresamente mediante Decreto 2666 de 1984, que derogó según lo dispuesto en el artículo 336, los artículos 1o. a 49, 51, 52, 54 a 257, 260 a 399, 407 a 434 de la Ley 79 de 1931, las normas que la modificaron, en especial los Decretos 2266 de 1952, 134 de 1972, 471 de 1973, 1238 de 1976, 849 y 2156 de 1979, 2999 de 1983, los reglamentos generales de aduanas y las demás normas que le sean contrarias.

De esa legislación anterior a la Ley 6a. de 1971 para cuya reforma debían tenerse en cuenta los principios a que se refiere dicha Ley 6a. en su artículo 3o. y a consecuencia del Decreto 2666 de 1984 sólo subsistieron los artículos 50, 53, 258, 259 y 400 a 406. Posteriormente por el Decreto No. 1444 de 1988 fueron derogados los artículos 400 a 406 de la Ley 79 de 1931. A partir de entonces, quedó sin aplicación el artículo 3o. de la Ley 6a. de 1971 al consumarse la derogatoria total de la legislación aduanera existente al momento de su promulgación, salvo para aquellos artículos (50 y 53) que aún podrían sobrevivirle y que se refieren a temas y asuntos absolutamente distintos a la habilitación de lugar para el ingreso de textiles y manufacturas al territorio Nacional.

Encontrándose agotado el objeto del artículo 3o. de la Ley 6a. de 1971 naturalmente éste quedó sin vigencia y aplicación; y si el Gobierno en el Decreto 1851 de 1993 lo utilizó como parte de su base legal, por este sólo hecho incurrió en falsa motivación, imponiéndose la nulidad pedida.

III–. TRAMITE DE LA ACCION

Mediante proveído de 22 de octubre de 1993 se admitió la demanda, ordenándose su notificación a la Nación –Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Comercio Exterior–.

III.1–. LAS CONTESTACONES DE LA DEMANDA

III.1.1–. La Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público–, a través de apoderado, contestó oportunamente la demanda, escrito en el cual para sostener la legalidad de la resolución acusada arguyó, en esencia, lo siguiente (folios 36 a 41):

1o): En relación con la primera censura manifestó que con la introducción, mediante la reforma constitucional de 1968, de las llamadas Leyes Cuadro o Leyes Marco, se dotó al Gobierno Nacional de iniciativa para regular materias, como el crédito

público, la deuda nacional, el cambio internacional, el comercio exterior, los aranceles y el régimen de aduanas.

A través de estas Leyes, el Gobierno Nacional, ciñéndose a la política trazada por el Congreso, tiene capacidad decisoria para desarrollarlas de acuerdo con las necesidades del momento y con las pautas dadas por el legislador.

En desarrollo del Acto Legislativo No. 1 de 1968, el Gobierno Nacional dictó la Ley Marco sobre materia aduanera, que es la 6a. de 1971, en algunos de cuyos principios se basó, entre otros, el Decreto acusado. Igualmente en la Ley 9a. de 1991 y otras normas.

Estas leyes marco son de carácter general, solo contienen objetivos y criterios, mas no la regulación en detalle. La característica de la ley marco es la generalidad. Dada la generalidad de estas normas, no puede ser de recibo la acusación del actor, cuando dice que estas leyes marco, ni otras normas constitucionales o legales facultan al Director de Impuestos y Aduanas Nacionales para habilitar lugares respecto de la importación de textiles y sus manufacturas, distintos de aquellos correspondientes a la importación de la generalidad de los productos extranjeros.

Esta disposición del Decreto reglamentario acusado obedece a todo un contexto que parte de los principios constitucionales de implementación mediante leyes marco de todo el sistema de comercio internacional. Así es como, mediante el Decreto 2117 de 29 de diciembre de 1992, dictado por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política, se fusionan la Dirección de Impuestos Nacionales y la Dirección de Aduanas Nacionales en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, dándole funciones al Director de dicha Entidad para dirigir y administrar la gestión tributaria y aduanera nacional, en concordancia con las políticas trazadas en el programa macroeconómico y por el Ministro de Hacienda y Crédito Público. Ello trae como consecuencia lógica que sea dicho Director el que maneje dentro del Gobierno los aspectos de dirección y administración de la gestión aduanera y quien obedeciendo el Decreto acusado establezca estas habilitaciones.

Es evidente que el Gobierno Nacional facultado ampliamente por la Constitución Política para adecuar de conformidad con la ley la materia de comercio internacional, aranceles, aduana y demás concordantes, puede y debe defender el principio consagrado en el numeral 5o. del artículo 2o. de la Ley 7a. de 1991 de acuerdo con las necesidades internas que se presenten en un momento dado, en conveniencia del mercado nacional frente al comercio internacional, sin violar disposición alguna de mayor jerarquía.

En este sentido, el Presidente de la República en obedecimiento de la autorización consagrada en el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política y normas

concordantes, otorga al funcionario competente del manejo de los Impuestos y las Aduanas Nacionales la facultad de fijar o señalar los lugares habilitados para la importación de materias textiles y sus manufacturas, teniendo en cuenta la eficacia y agilidad que debe reinar en esta materia, de acuerdo con la conveniencia del momento frente a situaciones internas determinadas. De ninguna manera, puede convertirse esta decisión, como una práctica que conlleve la inadecuada defensa de la producción local frente al comercio internacional.

La libertad económica y la iniciativa privada, en los términos del artículo 333 de la Carta Política, están enmarcadas dentro de los límites del "bien común", figura que permite al Estado impedir y controlar cualquier abuso de una posición dominante en el mercado nacional, pero dentro de las conveniencias que orientan el desarrollo social y económico. Es decir, se respeta el desenvolvimiento de la actividad económica y de la iniciativa privada de los particulares, pero dentro del marco legal.

2o): En relación con el segundo cargo, manifiesta que la Ley 6a. de 1971 corresponde a una disposición Cuadro o Marco en materia de comercio exterior, que facultó al Gobierno Nacional para introducir modificaciones a las normas del régimen de aduanas, en desarrollo del Acto Legislativo No. 1 de 1968, que a su vez autorizó al Gobierno Nacional para llevar la iniciativa en esta materia de conformidad con la ley. Por lo tanto, la Ley Marco No. 6 de 1971, que por jerarquía viene a reglamentar directamente la norma constitucional, no puede ser derogada por disposiciones de inferior jerarquía como son los Decretos citados por el demandante.

El artículo 3o. de dicha Ley consagra la facultad para el Gobierno de introducir modificaciones a las disposiciones del régimen de aduanas, teniendo en cuenta principios establecidos en una serie de normas de carácter internacional, vigentes y actualizadas, que no pueden ser desconocidas por la legislación interna, so pena de quedar fuera del contexto mundial que rige el comercio exterior. Es un acertado fundamento del Decreto 1851 de 1993 el principio de unificación existente a nivel internacional en esta materia, que en forma alguna puede considerarse derogado por la legislación interna.

III.1.2–. Por su parte la Nación –Ministerio de Comercio Exterior–, a través de apoderado, al contestar la demanda se opuso a las pretensiones de ésta y adujo, en síntesis, lo siguiente (folios 45 a 47):

Atribuciones de origen constitucional, como las enunciadas en los artículos 150, numeral 19, literales b) y c), y 189, numeral 25, en manera alguna pueden entenderse como limitaciones a la libertad económica o a la iniciativa privada. Esas normas facultan al Gobierno para, entre otras, regular el comercio exterior y modificar "por razones de política comercial", los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas.

Procurar que la competencia económica sea sana, es cuestión que garantiza el derecho constitucional establecido en el artículo 333 de la Constitución Política y la regulación que establezca mecanismos para lograrlo tampoco puede ser considerada como limitante de ese derecho.

Acorde con esa concepción constitucional, la Ley 7a. de 1991 establece los principios a los cuales ha de someterse el Gobierno para regular el comercio exterior. El quinto de esos principios consiste en "procurar una leal y equitativa competencia a la producción local y otorgarle una protección adecuada, en particular, contra las prácticas desleales del comercio internacional".

Para proteger en forma adecuada al productor local, el Gobierno Nacional puede y debe, cuando lo estime necesario, establecer mecanismos que controlen y repriman conductas que atenten contra la leal y equitativa competencia. Uno de esos mecanismos es el establecido por el Decreto 1851 de 1993 acusado. Por lo tanto, ese Decreto no sólo no ha infringido disposición constitucional o legal alguna, sino que se encuentra en consonancia tanto con aquéllas como con la política de comercio exterior y los principios que la rigen.

III.2–. En la etapa de alegatos, sólo alegaron de conclusión los representantes de la demandada, quienes ratificaron los planteamientos expuestos en sus respectivos escritos de contestación de la demanda.

El actor ni el Ministerio Público hicieron uso de tal derecho.

IV–. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Como se ha visto, dos son los cargos que el actor hace a la norma acusada, a saber:

1o. Que ni el artículo 2o., numeral 5o. de la Ley 7a. de 1991, ni el artículo 3o. de la Ley 6a. de 171, ni ninguna otra norma constitucional o legal, facultan al Gobierno Nacional para ASIGNAR COMPETENCIA al Director de Impuestos y Aduanas Nacionales con el objeto de que señale, respecto de la importación de textiles y sus manufacturas al territorio nacional, lugares distintos de aquellos habilitados para la importación de la generalidad de los productos extranjeros, como se hizo en el acto acusado, y que, además, con ello se está limitando, tanto a los importadores de materias textiles y sus manufacturas, como a los productores que las utilizan para sus procesos

productivos y los comerciantes que las venden y distribuyen, en su derecho fundamental a la libre actividad económica, cuyas restricciones sólo pueden imponerse por el Gobierno conforme a las limitaciones que el legislador autoriza, y por todo ello, se violó la misma Ley 7a. de 1991 en general y el numeral 5o. de su artículo 2o. en particular, y, además, se actuó en contravía de lo dispuesto en los artículos 121, 122, 189-25 y 150-19, literales b) y c), de la Constitución Política.

2o. Que también se violó el artículo 3o. de la Ley 6a. de 1971, aducido igualmente como base legal del Decreto acusado, porque los principios rectores que allí se establecían para efectuar la revisión de la legislación en ese momento vigente, y en especial la Ley 79 de 1931, quedaron sin vigencia al consumarse la derogatoria total de la legislación aduanera existente al momento de su promulgación, salvo para aquellos artículos (5o. y 53) que aún podrían sobrevivirle, y que se refieren a temas y asuntos absolutamente distintos a la habilitación de lugar para el ingreso de textiles y manufacturas al territorio nacional.

En el mismo orden expuesto, se analizarán los cargos formulados.

CARGO PRIMERO.

Aun cuando a primera vista pareciera que este primer cargo contiene dos acusaciones diferentes contra la norma acusada, a saber, la incompetencia del Gobierno Nacional, concretamente del Presidente de la República, para asignarle a un subalterno suyo, el Director de Impuestos y Aduanas, la facultad o competencia a que se refiere el Decreto demandado, lo que constituye un quebrantamiento de los artículos 121 y 122 de la Constitución, y de otro lado, el quebrantamiento del artículo 333 de la Carta Política, en consideración a que lo dispuesto en la norma demandada constituye una limitación a la actividad económica y a la iniciativa privada, es decir, a la libre actividad económica, lo que no puede hacerse sino por medio de la ley, lo cierto es que los dos aspectos tienen íntima relación, pues es claro que si el Ejecutivo está facultado por Ley para dictar normas generales sobre el particular, es decir, para regular el comercio exterior del país y modificar los aranceles, tarifas y DEMAS DISPOSICIONES CONCERNIENTES AL REGIMEN DE ADUANAS, en desarrollo de las normas generales que dicte el Congreso de la República sobre las mismas materias (artículo 76-22 de la Constitución de 1886, hoy artículo 150-19 de la Constitución de 1991), nada impide que a través de esa reglamentación general, radique en determinado empleo o cargo de la administración central funciones que tienen que ver con ese comercio exterior, en general, y con el régimen de aduanas, en particular, según las prescripciones del artículo 120-21 de la Constitución de 1886 y artículo 189-14 de la Constitución de 1991.

Por consiguiente, si se llegare a la conclusión de que el Gobierno podía dictar la norma acusada, en razón de estar autorizado para ello en consideración a la preexis-

tencia de una ley cuadro o marco en materia de aduanas o de comercio exterior, que de manera general establece unos principios rectores que se deben tener en cuenta al modificar la normatividad existente, ninguna observación o ataque es viable en relación con la norma que, desarrollando dicha ley cuadro, radica una competencia para el cumplimiento de las disposiciones concernientes al régimen de aduanas, en una dependencia en concreto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Si se tiene en cuenta, de una parte, que la Ley 6a. de 1971 no ha sido expresamente derogada por disposición posterior alguna, ni mucho menos por la Ley 7a. de 1991, sobre regulación del comercio exterior, ni tampoco de manera tácita por ella o por cualquier otra ley que contenga disposiciones contrarias, y de otro lado, que esa ley cuadro –la 6a. de 1971– en materia de aduanas, otorga al Ejecutivo una herramienta ágil que le permite adaptar el arancel aduanero a las cambiantes circunstancias de nuestra economía, estimulando o reprimiendo importaciones, para lo cual se autorizó al Gobierno, entre otras cosas, para actualizar la nomenclatura arancelaria; actualizar las normas de valoración de mercancías y establecer los mecanismos y reglamentaciones conducentes a la adecuada recepción de los gravámenes arancelarios; restringir o derogar exenciones de derechos arancelarios de importación; variar las tarifas con miras a la consecución de los objetivos que allí se determinan, etc., y, además, se tiene que el Gobierno también está facultado para dictar disposiciones en orden a "Procurar una legal y equitativa competencia a la producción local y otorgarle una protección adecuada, en particular, contra las prácticas desleales del comercio internacional (artículo 2o.-5 de la Ley 7a. de 1991), para la Sala es claro, entonces, que podía el Gobierno establecer que la importación de materias textiles y sus manufacturas al territorio nacional, únicamente podrá realizarse por determinado lugar habilitado para ello, según el señalamiento que se haga por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, que es el funcionario a quien corresponden, de manera general, las atribuciones de dirigir y administrar la gestión tributaria y aduanera nacional, en concordancia con las políticas trazadas en el programa macroeconómico y por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, según lo dispuesto en el Decreto 2117 de 29 de diciembre de 1992, dictado por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones que le confirió el artículo 20 transitorio de la Constitución de 1991.

En esas condiciones, la existencia de un Decreto expedido por el Gobierno para reglamentar la ley cuadro, que es una norma que tiene un alcance mayor en cuanto al contenido que puede darle a los decretos reglamentarios, razón por la cual algunos tratadistas de derecho constitucional lo han considerado como cuasi-ley, pues el Gobierno participa en la labor de legislar en materia de comercio exterior y de régimen de aduanas, que en principio corresponde al Congreso, conduce ineluctablemente a que no se pueda hablar del desconocimiento de la actividad económica y la iniciativa privada, es decir, de la libertad económica, pues es claro que ella está limitada por el bien común, y la ley cuadro y la norma del Ejecutivo que se dicte con fundamento en aquella, teniendo en cuenta ese bien común, pueden establecer requisitos previos como

la importación por determinado lugar o puerto del país, en orden, como lo señala el artículo 2o., numeral 5o., de la Ley 7a. de 1991, a procurar una leal y equitativa competencia a la producción local y otorgarle una protección adecuada, en particular, contra las prácticas desleales de comercio internacional.

El cargo, pues, no está llamado a prosperar.

En cuanto hace relación al segundo cargo, tampoco está llamado a prosperar. En efecto, no se puede hablar de falsa motivación del acto acusado, si se tiene en cuenta, de una parte, que no es cierto que las disposiciones de la Ley 6a. de 1971 que se invocan, en cuanto señalan normas o principios generales para la modificación del régimen aduanero, hayan sido derogados expresa o tácitamente por disposiciones posteriores, y de otro lado, si además se tiene en cuenta la existencia de la Ley 7a. de 1991, concretamente su artículo 2o., numeral 5o., que igualmente se invoca.

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:

DENIEGASE la nulidad del Decreto No. 1851 de 15 de septiembre de 1993 "por el cual se dictan disposiciones en materia aduanera", expedido por el Gobierno Nacional.

DEVUELVASE al actor la suma de dinero depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso o su remanente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día veintinueve (29) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz* (salva el Voto), *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

LIBERTAD ECONOMICA–Limitaciones/**ACTIVIDAD ECONOMICA/ CONGRESO DE LA REPUBLICA**–Facultades/**IMPORTACION DE MATERIALES TEXTILES Y SUS MANUFACTURAS**–Restricciones/ **GOBIERNO NACIONAL**–Extralimitación de Funciones–(Salvamento de Voto)

La actividad económica es regulada de manera general en la Carta, entendiendo como tal, la facultad de desarrollar actividades lucrativas, que cobija: a la actividad realizada bajo la forma organizada de la empresa; a las formas no organizadas de producción; a la iniciativa privada; a la solidaria y a la estatal; el ejercicio de esa actividad es libre y no requiere permisos previos ni requisitos, salvo en los casos taxativamente señalados por la Ley, la cual sólo puede establecer limitaciones por razones de interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación; que la libre competencia económica es un derecho colectivo; y que los límites a dicha clase de libertad solamente los puede establecer el Congreso de la República en forma precisa a través de Leyes de intervención económica por las razones anteriormente mencionadas. La importación de materias textiles y sus manufacturas al territorio nacional implica una actividad económica que solamente puede ser objeto de limitación o restricción por una Ley de intervención económica, la cual a su vez sólo puede hacerlo por razones de interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación, conforme se deduce del texto de los artículos 333 y 150 numeral 21 de la Carta, y no por un Decreto reglamentario especial. Al establecer el Gobierno Nacional en el Decreto acusado restricciones para la importación de materias textiles y sus manufacturas al territorio nacional se arrogó una competencia privativa del Congreso de la República, quebrantando así claramente los mandatos superiores de derecho antes mencionados, y, consecuencialmente, los artículos 121 y 122 de la misma Carta, transgresiones estas que ameritan la declaratoria de su nulidad.

Salvamento de Voto. Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Salvamento de Voto del *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2666. Actor: Marco Antonio Fonseca Ramos.

Con el respeto debido por la opinión mayoritaria de la Sala, me he separado de la decisión precedente por las razones expresadas en la ponencia que elaboré y no mereció su acogida.

Sostuve al efecto en el referido proyecto:

"A través del Decreto acusado se dispone que **la importación de materias textiles y sus manufacturas** al territorio nacional **"únicamente podrá realizarse por los lugares aprobados que para tal efecto señale el director de Impuestos y Aduanas Nacionales"** (artículo 1o.); y que **la presentación de la declaración de importación y el pago de los tributos aduaneros** por la importación aludida **deberá efectuarse en los bancos y entidades financieras autorizadas por la mencionada Dirección que estén ubicados dentro de la jurisdicción que corresponda al punto de entrada de dicha mercancía** (artículo 2o.)".

En orden a decidir, la Sala considera lo siguiente:

El artículo 333 de la Carta Política es del siguiente tenor:

"Art. 333.– **La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la Ley.**

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La Ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (lo destacado fuera del texto).

Sobre el alcance de este precepto en el informe Ponencia para primer debate en la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente se precisó al efecto:

"... **Al referirse a la actividad económica de manera general, se reconoce el pluralismo en las formas de satisfacción de las necesidades humanas, sin privilegiar unas frente a otras por razón de su estructura específica o de su forma de propiedad. Así, el término cobija por igual a la empresa y a las formas no organizadas de producción, a la iniciativa privada y a la solidaria y estatal.** No obstante, y a pesar de estar contenida en el término actividad económica, la Comisión quiso mantener de manera expresa el concepto de iniciativa privada.

Al establecer que el ejercicio de esa libertad no requiere permiso previo ni requisitos, salvo en casos taxativamente enunciados en la Ley por razones de interés social... medio ambiente y patrimonio cultural de la Nación (excepciones consagradas en el último inciso del artículo), la consolida y la hace expedita, al abolir las vallas y obstáculos de carácter puramente burocrático que hoy dificultan su plena realización, sin que medien justificaciones apropiadas vinculadas con la defensa del interés general.

"... No obstante, la mayor innovación en este texto radica en la inclusión del derecho colectivo a la competencia económica, como un elemento que califica la libertad económica.

La operación sana de un sistema de mercado y de una economía capitalista reposa sobre tres elementos esenciales, a saber: la propiedad privada, la libre empresa y la libertad de competencia. Para que el sistema opere en favor de la sociedad, y no en su contra, se precisa que ninguno de estos elementos se desnaturalice. Si tal desnaturalización ocurre, el sistema funciona mal y el bienestar social, fin último de todo sistema económico y político, se ve seriamente comprometido. Así, cuando la competencia económica no es libre o es desleal o injusta se produce un daño que afecta no sólo a determinados productores de bienes y servicios o a los consumidores respectivos, sino también al conjunto de la colectividad. Por el contrario, cuando la competencia no adolece de estas fallas, es decir, cuando es libre, leal y justa, el mercado, mediante la acción de las fuerzas de la oferta y la demanda, se torna eficiente y provee grandes beneficios a la comunidad.

"... Como en todo derecho colectivo cualquier grupo de personas en representación de la comunidad podría adelantar acciones populares por daños y perjuicios contra quien lo infrinja. Por esta razón, la Comisión Quinta ha propuesto a la Asamblea introducir la libre competencia económica como uno de los derechos colectivos, en la ponencia que fue aprobada por unanimidad al

respecto. Con ello se conseguiría que no solamente el Estado, sino también la comunidad, interviniera en procura de salvaguardar la competencia y controlar las prácticas monopolísticas.

El texto señala, así mismo, que el ejercicio de este derecho colectivo conlleva responsabilidades..." (destacado fuera de texto) (Gaceta Constitucional número 80 de 23 de mayo de 1991, página 19).

En concordancia con el anterior precepto, el artículo 150 de la misma Carta señala como función del Congreso en su numeral 21:

"**Expedir las Leyes** de intervención económica, previstas en el artículo 334, **las cuales deberán precisar** sus fines y alcances y los **límites a la libertad económica**".

De los textos constitucionales anteriormente transcritos y del alcance de los mismos señalado por los constituyentes emerge con claridad lo siguiente:

1o): Que la actividad económica es regulada de manera general en la Carta, entendiendo como tal, la facultad de desarrollar actividades lucrativas, que cobija: a la actividad realizada bajo la forma organizada de la empresa; a las formas no organizadas de producción; a la iniciativa privada; a la solidaria y a la estatal

2o): Que el ejercicio de esa actividad es libre y no requiere permisos previos ni requisitos, salvo en los casos taxativamente señalados por la Ley, la cual sólo puede establecer limitaciones por razones de interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación;

3o): Que la libre competencia económica es un derecho colectivo; y

4o): Que los límites a dicha clase de libertad solamente los puede establecer el Congreso de la República en forma precisa a través de Leyes de intervención económica por las razones anteriormente mencionadas.

Las reflexiones enunciadas conducen a la Sala a considerar que la importación de materias textiles y sus manufacturas al territorio nacional implica una actividad económica que solamente puede ser objeto de limitación o restricción por una Ley de intervención económica, la cual a su vez sólo puede hacerlo por razones de interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación, conforme se deduce del texto de los artículos 333 y 150 numeral 21 de la Carta, y no por un Decreto reglamentario especial.

Por ello, al establecer el Gobierno Nacional en el Decreto acusado restricciones para la importación de materias textiles y sus manufacturas al territorio nacional se

arrogó una competencia privativa del Congreso de la República, quebrantando así claramente los mandatos superiores de derecho antes mencionados, y, consecuencialmente, los artículos 121 y 122 de la misma Carta, transgresiones estas que ameritan la declaratoria de su nulidad, como en efecto se dispondrá en la parte resolutiva de esta sentencia".

Fecha *ut supra,*

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Consejero.

ECOSALUD–Funciones/**MONOPOLIO RENTISTICO**–Regulación Legal

Las funciones que se le otorgan a Ecosalud S.A. en los literales del artículo 2o. del Decreto reglamentario 2433 de 1991 exceden los términos de la Ley, que era la norma a quien correspondía determinar todos los aspectos referentes a un monopolio establecido como arbitrio rentístico, según el inciso 2o. del artículo 31 de la Constitución de 1886, y lo sigue siendo ahora, a partir de julio de 1991, pero dictada a iniciativa gubernamental, para efectos de determinar, especialmente, los que atañen a la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos, según el inciso tercero del artículo 336 de la Constitución Política vigente desde aquella fecha.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2957. Acción de nulidad. Actor: Jaime Vidal Perdomo.

El ciudadano y abogado JAIME VIDAL PERDOMO, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., promueve demanda contra la Nación –Ministerio de Salud–, en orden a que, previa suspensión provisional, se declare la nulidad de los literales a) y c) del artículo 2o. del Decreto reglamentario No. 2433 de octubre 29 de 1991.

Como la demanda cumple con los requisitos de Ley, habrá de admitirse en la parte resolutiva de este proveído.

SUSPENSION PROVISIONAL

El actor fundamenta su solicitud de suspensión provisional de los efectos de los literales del artículo 2o. del acto acusado, en las siguientes consideraciones:

1. El artículo 43 de la Ley 10 de 1990 únicamente atribuyó a Ecosalud una tarea comercial de explotar y administrar el monopolio rentístico creado por dicha norma; dicha actividad se ha manifestado bien en celebrar contratos u otorgar permisos con dicho propósito.

Pero las funciones de fijar la política general de explotación de juegos de suerte y azar y la regulación de su operación, comprendidas dentro de las normas acusadas, exceden los términos de la Ley como aparece de la comparación de los textos.

2. Conforme a las normas de organización administrativa del Decreto-Ley 1050 de 1968 que se han citado, están determinadas claramente las funciones principales de los ministerios y el desarrollo de actividades de carácter industrial y comercial por parte de las empresas de este nombre. La atribución de funciones administrativas de fijación de políticas y de la regulación de una actividad a las empresas y sociedades de economía mixta quebranta esas disposiciones, como surge también de la lectura de las normas en cuestión y los preceptos acusados del Decreto reglamentario.

Es particularmente manifiesto el contraste entre la atribución por Decreto reglamentario de funciones administrativas a una entidad con régimen de empresa industrial y comercial del Estado y la existencia del artículo 31 del Decreto-Ley 3130 de 1968 de que dicha asignación se haga directamente por la Ley, lo cual constituye otra causal de suspensión provisional.

3. El artículo 336 de la Constitución Política exige la expedición de una Ley especial, a iniciativa del Gobierno, para regular las materias de organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos; las normas acusadas atribuyen competencias de esa naturaleza a Ecosalud, en un texto que tiene el carácter de Decreto, luego están incursas en manifiesta infracción del texto constitucional invocado.

LA DECISION

Para decidir, se considera:

Las normas acusadas, que hacen parte del artículo 2o del Decreto reglamentario No. 2433 de 1991, rezan:

> "Artículo 2o. Corresponde a la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A., Ecosalud S.A., en relación con la administración del monopolio rentístico constituido por la Ley 10 de 1990:

"a) Fijar la política general de explotación de juegos de suerte y azar de que trata la Ley 10 de 1990.

"b) Celebrar contratos con personas naturales o jurídicas para que exploten alguna modalidad de juego o apuesta de suerte y azar u otorgar a las mismas permiso para su explotación.

"c) Regular su operación".

Confrontada dicha norma con la Ley 10 de 1990, "por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones", en especial con los artículos 42 y 43 de ella, en cuanto por la primera se declara como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopolística, en beneficio del sector salud, de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes, y en cuanto por la segunda se autoriza la constitución y organización de una sociedad de capital público, de la cual serán socios la Nación y las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes, y cuyo objeto sea la explotación y administración del monopolio rentístico creado mediante el artículo 42 de la misma Ley, y se regulan aspectos tales como los relativos a los costos y gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad, que se pueden hacer por dicha sociedad, y la forma de distribución del producto resultante de las ventas netas menos el valor de los premios pagados, menos el porcentaje máximo señalado para costos y gastos, más otras utilidades de la empresa, se encuentra que realmente las funciones que se le otorgan a Ecosalud S.A. en los literales del artículo 2o. del Decreto reglamentario 2433 de 1991 exceden los términos de la Ley, que era la norma a quien correspondía determinar todos los aspectos referentes a un monopolio establecido como arbitrio rentístico, según el inciso 2o. del artículo 31 de la Constitución de 1886, y lo sigue siendo ahora, a partir de julio de 1991, pero dictada a iniciativa gubernamental, para efectos de determinar, especialmente, los que atañen a la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos, según el inciso tercero del artículo 336 de la Constitución Política vigente desde aquella fecha.

Por lo demás, es claro, igualmente, que corresponde fundamentalmente a los Ministerios y Departamentos Administrativos, salvo norma legal expresa en contrario, contribuir a la formulación de la política del Gobierno en la rama o ramas que les corresponden (artículo 3o. del Decreto-Ley 1050 de 1968), y no a las empresas o sociedades de economía mixta que se creen y que están vinculadas a aquellos, para efectos de su orientación, coordinación y control, en la forma que determinen igualmente las Leyes, estatutos y reglamentos (literal f *ibídem*).

En consecuencia, la solicitud de suspensión provisional está llamada a prosperar, y así se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

Por lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA,

RESUELVE:

1o. ADMITESE la demanda promovida por el ciudadano y abogado JAIME VIDAL PERDOMO, en orden a obtener la declaratoria de nulidad de los literales a) y c) del artículo 2o. del Decreto reglamentario 2433 de 1991, expedido por el Gobierno Nacional. Téngase como parte demandada a la Nación –Ministerio de Salud–, representada por el ministro del ramo.

En consecuencia, se dispone:

a) Notifíquese personalmente, con entrega de copia de la demanda y de sus anexos, a la Procuraduría Delegada ante esta Corporación.

b) Notifíquese personalmente, con entrega de copia de la demanda y de sus anexos, al señor ministro de Salud, o a quien haya recibido delegación para ello.

c) Notifíquese personalmente, con copia de la demanda y de sus anexos, al señor gerente de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A., Ecosalud S.A., como tercera con interés directo en el proceso.

d) Fíjese el negocio en lista, por el término de Ley, para los efectos previstos en los artículos 207-5 y 208 del C.C.A.

e) Deposite el demandante, en la Secretaría de la Sección, la suma de cinco mil pesos ($5.000.oo) para gastos del proceso.

2o. DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de los literales a) y c) del artículo 2o. del Decreto reglamentario No. 2433 de 29 de octubre de 1991, expedido por el Gobierno Nacional.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

SECCION SEGUNDA

JUEZ PENAL MILITAR/DESTITUCION–Inexistencia/**SUSPENSION EN EL CARGO**–Inexistencia

La referencia al artículo 160 de la C.N. de 1886 para atacar la declaratoria de insubsistencia, no es válida, por cuanto a la demandante con el decreto impugnado, no se le suspendió ni se le destituyó como consecuencia de un proceso penal o disciplinario, evento en el cual sí habría sido indispensable que el juez para concluir la viabilidad de la suspensión o de la destitución, hubiera tenido que analizar cuidadosamente el procedimiento previo, la oportunidad para adoptar la decisión y la relación de causalidad entre uno y otro acto, de acuerdo con los hechos producidos.

PERSONAL CIVIL/MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL/POLICIA NACIONAL/EMPLEADO PUBLICO/CARRERA ADMINISTRATIVA/ CARRERA JUDICIAL–Inexistencia

La actora era funcionaria de libre nombramiento y remoción, en los términos señalados en el Decreto No. 2247 de 1984. Esta disposición legal regula la administración del personal civil vinculado al Ministerio de Defensa y la Policía Nacional (art. 1o.): que este personal lo integran las personas naturales que prestan sus servicios en el despacho del señor Ministro, en la Secretaría General, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional (art. 2o.): que los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional no hacen parte de la remoción, incluyendo a quienes se encuentren inscritos en otras carreras especiales o escalafones especiales (art. 8o.): que en cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento, sin motivar la providencia de conformidad con la facultad discrecional que tienen las autoridades nominadoras para nombrar y remover libremente sus funcionarios (art.

29). El estatuto de la carrera judicial no es aplicable a los jueces de Instrucción Penal Militar, por no haber sido estos funcionarios incorporados a ella, como se infiere de los artículos 7, 42 y 43 del Decreto 52 de 1987.

PROTECCION A LA MATERNIDAD/REINTEGRO/INDEMNIZACION POR RETIRO EN ESTADO DE EMBARAZO–Compatibilidad/**EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION**–Estabilidad/**LICENCIA POR MATERNIDAD/LICENCIA REMUNERADA/MINISTERIO DE TRABAJO**–Autorización/**DESVIACION DE PODER**

En cuanto al reintegro de la mujer que ha sido retirada del servicio por motivo de embarazo, sobre el particular anota la Corporación que hasta fecha reciente la jurisprudencia del Consejo de Estado había sido reiterada en el sentido de no ordenarlo, teniendo en cuenta que la ley establece indemnizaciones en caso de despido injustificado durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o al aborto, limitándose a ese período la estabilidad derivada de dicha situación. Sin embargo, tal criterio jurisprudencial fue modificado por la Sala en sentencia del 3 de noviembre de 1993 con ponencia de la Dra. CLARA FORERO DE CASTRO, dentro del proceso No. 5065 en que fue demandante la señora Doris Mercedes Prada Castillo, en virtud de la especial protección que a la maternidad le dio el constituyente de 1991 en el artículo 43 de la Nueva Constitución Política. En estos eventos, por ende, la funcionaria tiene derecho además del reintegro al servicio a que se le reconozca la indemnización, la suma de dinero correspondiente a la licencia de maternidad, siempre y cuando el despido impida el goce de la misma, y el pago del tiempo comprendido entre la desvinculación del cargo y el reintegro, descontando lo atinente al tiempo de la licencia remunerada. De conformidad con lo establecido en el artículo 87 del Decreto 2247 de 1984, para el retiro del servicio de la actora debió acreditarse justa causa comprobada y mediante autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, procedimiento que no aparece se hubiera realizado en este asunto para la desvinculación. Mientras la administración no desvirtúe dicha presunción, debe aceptarse que el despido prohibido no tuvo por finalidad el buen servicio, configurándose de esta forma la desviación de poder.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD–Improcedencia

Para que haya aplicación preferencial de la norma constitucional, esta debe regular la situación en forma diferente a la señalada por el legislador, de modo que la excepción no se circunscriba a la simple

inaplicación de la ley, sino que además de ello, el asunto debatido quede regulado por el precepto constitucional que se aplica de preferencia, lo que no sucede en el *sub-lite,* pues como ya se dijo la referencia a dicho precepto para cuestionar la declaratoria de insubsistencia, no es válida, ya que a la actora con el acto enjuiciado no se le suspendió ni se le destituyó como consecuencia de un proceso penal o disciplinario.

INSUBSISTENCIA/PROCESO DISCIPLINARIO

La facultad discrecional de libre nombramiento y remoción es completamente independiente de la acción disciplinaria, pues el proceso disciplinario carece de la virtualidad de conferir la relativa inamovilidad en su empleo a un funcionario de libre nombramiento y remoción pudiéndose continuar y culminar a pesar del retiro. Tal circunstancia no impide el ejercicio de derecho de defensa inculpado, ni la insubsistencia sustituye a la destitución, pues esta última constituye una sanción y no lo es la insubsistencia. Por ende, siendo diferentes la facultad sancionadora y la insubsistencia, pues mientras la primera es eminentemente reglada, la segunda en discrecional, salvo que se trate de funcionario de carrera, se presume ejercida con miras a garantizar el buen servicio público, no existiendo ninguna interferencia entre las dos, hasta el punto de que puede utilizarse ésta a través de la declaración de insubsistencia aún estando en curso una investigación disciplinaria.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 5569. Apelación sentencia. Actor: Doris Cecilia Reyes de Tavera.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de enero 14 de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima en el proceso incoado por la señora Doris Cecilia Reyes de Tavera en orden a obtener la nulidad del decreto No. 439 del 3 de marzo de 1987 expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual se declaró insubsistente su nombramiento como Juez 75 de Instrucción Penal Militar, Grado 17, del Departamento de Policía del Tolima. Pidió, así mismo el correspondiente restablecimiento del derecho (folios 115, 116 y 117 cdno. ppal.).

El *a-quo,* en la sentencia recurrida, denegó las súplicas del libelo (folios 361 a 362 ibídem), previa consideración de que la excepción de inepta demanda propuesta por la apoderada de la Policía Nacional no está llamada a prosperar, ya que no es cierto que

la parte actora en el escrito demandatorio no haya invocado las normas violadas y explicado el concepto de la violación, cumpliéndose así el requisito del numeral 4o. del artículo 137 del C.C.A.; que en el caso *sub-júdice* no admite discusión que la demandante fue desvinculada del cargo dentro de los tres meses siguientes al aborto como bien lo advierte ésta y se comprueba satisfactoriamente en el expediente; que en principio podría pensarse que la declaración de insubsistencia tuvo por razón el embarazo y el posterior aborto, pero que el *a-quo* encuentra que la presunción de retiro por estas circunstancias que inicialmente la amparaba fue desvirtuada por la institución policiva al alegar y probar que el acto acusado se inspiró en la búsqueda del buen servicio público, es decir, no se configuró en este asunto la desviación de poder para que se pueda sostener que se disfrazó una destitución con dicha insubsistencia; que la persecución o animadversión que manifiesta la actora se llevó a cabo por sus superiores no tiene respaldo probatorio en el expediente; que los conflictos entre la actora y los Comandantes del Departamento de Policía del Tolima o Jueces de Primera Instancia por el reparto de los negocios y por el manejo del juzgado no son siquiera indicios de que en el retiro de la demandante haya habido secretas intenciones distintas al móvil del mejoramiento del buen servicio; que estos hechos más bien reafirman que no existía una buena prestación del servicio público en el juzgado 75 de Instrucción Penal Militar; que la declaración de insubsistencia obedeció a la facultad discrecional que tiene la autoridad nominadora de nombrar y remover libremente a esta clase de funcionarios, consagrada en los artículos 8 y 29 del decreto 2247 de 1984, sin que fuera obligatorio en este evento el agotamiento de procedimiento disciplinario alguno, máxime si estos servidores públicos no pertenecen a la carrera judicial ni a la administrativa; que así las cosas, al ser el citado empleo de Juez de Instrucción de libre nombramiento y remoción y estar amparado el acto de la declaración de insubsistencia de la presunción de que se profirió con el fin de mejorar el servicio, lo cual no desvirtuó la parte actora dentro del proceso, debe concluirse que la administración desvinculó a la demandante dentro de los parámetros legales.

En la sustentación del recurso de apelación (folios 391 a 403 *ibídem*) expresa, en síntesis, la recurrente que la parte actora persigue se perfeccione el proceso mediante el decreto y práctica de pruebas que fueron decretadas en la primera instancia pero dejadas de practicar sin culpa de la parte interesada en ellas, además de las oficiosas que bien pueden ser las que denegó el *a-quo*, no obstante su procedencia, o las que los Consejeros de Estado tengan a bien decretar y estimar; que la sentencia apelada debe ser revocada en todas sus partes y sustituida por un fallo estimatorio de todas las pretensiones hechas en el escrito demandatorio; que acorde con el artículo 170 del C.C.A., la sentencia tiene que ser motivada en todos sus aspectos; que en el caso *sub-júdice* hubo falta de aplicación del sistema juzgatorio porque nada se dijo en el fallo del artículo 160 de la Constitución Política anterior, que es claro al establecer que los Magistrados y Jueces no podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus destinos sino en los casos y con las formalidades que señale la ley, ni depuestos por causa de infracciones penales sino en virtud de sentencia judicial dictada por el respectivo

superior; que cuando la Carta se refiere a dichos funcionarios judiciales no está aludiendo únicamente a quienes forman parte de la rama judicial sino a todos los jueces en general, incluyendo a los que integran las jurisdicciones especiales, como los de la Justicia Penal Militar; que la jurisprudencia no puede patrocinar que a base de omisiones los jueces de esta ramo de la justicia no estén escalafonados en la carrera judicial para que se mantenga un sospechoso régimen de libre nombramiento y remoción y de falta de autonomía frente a los Comandos de los diferentes cuerpos; que el Consejo de Estado debe ocuparse de este aspecto que el Tribunal omitió hacer referencia en perjuicio de la parte demandante; que el *a-quo* al aplicar los artículos 8 y 29 del decreto 2247 de 1984, no tuvo en cuenta que esta disposición contiene un ordenamiento de carácter general que no incluye necesariamente al personal de la Justicia Penal Militar, porque este ha sido excluido expresamente en materia de disciplina y honor por el correspondiente reglamento, y vigente para la época, contenido en el artículo 263 del decreto 2835 de 1979; que en este asunto ha debido aplicarse la excepción de inconstitucionalidad, pues los artículos 8 y 29 del decreto 2247 de 1984 son contrarios abiertamente a lo establecido en el artículo 160 de la Carta de 1886, en lo atinente a los Jueces de la Justicia Penal Militar; que tal excepción no es discrecional sino imperativa y está consagrada en el artículo 215 de dicha Constitución; que en el caso *sub-exámine* se hizo caso omiso de la obligatoriedad de las normas protectoras de la maternidad señaladas en el mismo estatuto, en los artículos 85, 86 y 87; que el *a-quo* afirma que la presunción de despido por embarazo fue desvirtuada cuando lo cierto es que no lo fue, porque la misma parte demandada a través de su apoderada sugiere generosamente que se le paguen a la actora los derechos prestacionales respectivos, lo cual significa reconocimiento de responsabilidad y además porque este tópico está gobernado por la causal de expedición irregular; que no se encuentra en el expediente, si es que hubo en este asunto justa causa comprobada, la autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, prescrita en el artículo 87 del decreto ley 2247 de 1984; que si dicha autorización no consta en el proceso, no puede sostenerse que la parte demandada desvirtuó una presunción que no es tal, sino la comprobación cierta e inequívoca de que aún en el evento que fuera preciso desvincular del servicio a la demandante, para procurar su mejoramiento, no se cumplió la ley que indica el procedimiento a seguir para retirar mujeres por maternidad o aborto; que el señor Magistrado ponente del fallo apelado, en la etapa postanulatoria, dejó de decretar pruebas que eran pertinentes y conducentes por considerar que afectan a la Policía Nacional, que no es un ente jurídico autónomo, causando así perjuicio a la parte actora consistente en que se le negó el derecho de defensa, por impedírsele demostrar plenamente, la violación del artículo 160 de la Carta; que este asunto no fue juzgado de manera imparcial, por el episodio descrito en el escrito del recurso de apelación, razón por la cual lo ideal hubiera sido que en el presente caso los doctores José Manuel Santana Murillo y González Murcia se hubiesen declarado impedidos.

La **Fiscalía Novena del Consejo de Estado** estima que debe revocarse la sentencia apelada y, en su lugar, se acceda a las pretensiones del escrito demandatorio,

incluida la indemnización por maternidad, por los motivos expuestos por la agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo que reposa a folios 418 a 424 del cuaderno principal del expediente.

Admitido el recurso de apelación mediante auto de marzo 15 de 1991 (folio 407 ibídem), agotado el trámite de rigor de la segunda instancia y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se proceda a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

1o). Se trata de dilucidar en el caso *sub-judice* la legalidad del decreto No. 439 del 3 de marzo de 1987 dictado por el Gobierno Nacional, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Doris Cecilia Reyes de Tavera como Juez 75 de Instrucción Penal Militar, grado 17, del Departamento de Policía del Tolima.

2o). Ahora bien, en cuanto que en este asunto se desconoció el artículo 160 de la Constitución Política anterior, según se plantea en el escrito contentivo del recurso de apelación, acorde con el cual los Jueces y Magistrados no podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus destinos sino en los casos y con las formalidades que determine la ley, ni depuestos por causa de infracciones penales sino en virtud de sentencia judicial dictada por el respectivo superior, es preciso señalar que la referencia a dicho precepto constitucional para atacar la declaratoria de insubsistencia no es válida por cuanto a la demandante con el decreto impugnado, no se le suspendió ni se le destituyó como consecuencia de un proceso penal o disciplinario, evento en el cual sí habría sido indispensable que el juez para concluir la viabilidad de la suspensión o de la destitución, hubiera tenido que analizar cuidadosamente el procedimiento previo, la oportunidad para adoptar la decisión y la relación de causalidad entre uno y otro acto, de acuerdo con los hechos producidos.

3o). En lo atinente a la situación jurídica de la demandante frente a la carrera, la Sala comparte el planteamiento hecho sobre el tópico por la Fiscalía Novena del Consejo de Estado, de conformidad con el cual la actora era funcionaria de libre nombramiento y remoción, en los términos señalados en el decreto No. 2247 de 1984 (folio 423 cdno. ppal.).

En efecto, esta disposición legal establece que regula la administración de personal civil vinculado al Ministerio de Defensa y la Policía Nacional (art. 1o.); que este personal lo integran las personas naturales que prestan sus servicios en el despacho del señor Ministro, en la Secretaría General, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional (art. 2); que los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional no hacen parte de la carrera administrativa y son de libre nombramiento y remoción, incluyendo a quienes se encuentren inscritos en otras carreras especiales o escalafones especiales (art. 8o.); que en cualquier momento podrá declararse

insubsistente un nombramiento, sin motivar la providencia, de conformidad con la facultad discrecional que tienen las autoridades nominadoras para nombrar y remover libremente sus funcionarios (art. 29).

De otra parte, como lo manifiesta el Tribunal del conocimiento en la sentencia apelada, el estatuto de la carrera judicial no es aplicable a los Jueces de Instrucción Penal Militar, por no haber sido estos funcionarios incorporados a ella, como se infiere de los artículos 7, 42 y 43 del Decreto 52 de 1987, no obstante lo prescrito en el artículo 56 del decreto 2247 de 1984 sobre prerrogativas en materia de asignaciones y primas señaladas para los servidores de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, y a lo dispuesto en el artículo 263 del Decreto 1835 de 1979, reglamento de disciplina y honor para la Policía Nacional, que excluye por vía de excepción aquellos funcionarios de este régimen disciplinario, lo cual no significa que en los demás aspectos no se encuentren regulados por el estatuto de personal civil consagrado en el Decreto 2247 de 1984, como lo pretende la parte actora en el escrito del recurso de apelación (folio 393 *ibídem*).

4o). En cuanto a la excepción de inconstitucionalidad propuesta, en virtud de que los artículos 8 y 29 del Decreto 2247 de 1984 son abiertamente contrarios al mandato del artículo 160 de la Carta de 1886, en lo atinente a los Jueces de la Justicia Penal Militar, ya que tales artículos se refieren exclusivamente al personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional (folio 393 *ibídem*), no es del caso decretarla porque su fundamentación no muestra que exista infracción manifiesta a la Constitución. Entiende la Sala que para que haya aplicación preferencial de la norma constitucional, ésta debe regular la situación en forma diferente a la señalada por el legislador, de modo que la excepción no se circunscriba a la simple inaplicación de la ley, sino que además de ello, el asunto debatido quede regulado por el precepto constitucional que se aplica de preferencia, lo que no sucede en el *sub-lite,* pues como ya se dijo la referencia a dicho precepto para cuestionar la declaratoria de insubsistencia, no es válida, ya que a la actora con el acto enjuiciado no se le suspendió ni se le destituyó como consecuencia de un proceso penal o disciplinario.

5o). Como lo sostiene el *a-quo* en el fallo recurrido, no está demostrado dentro del proceso que la persecución que dice la demandante se produjo contra ella por animadversión de sus superiores y los conflictos presentados entre ésta con los Comandantes del Departamento de Policía del Tolima y los Jueces de Primera Instancia, hubieran sido los motivos que originaron su desvinculación del servicio a través del Decreto No. 439 del 3 de marzo de 1987, proferido por el señor Presidente de la República y el Ministro de Defensa Nacional (folio 1 *ibídem*); es decir, que la autoridad nominadora tuviera en cuenta esas circunstancias para declarar insubsistente el nombramiento de la demandante como Juez 75 de Instrucción Penal Militar.

Tampoco está probado en el plenario que por supuestos malos manejos por parte de la actora con ocasión de su desempeño en el citado cargo y a los que se alude en

el escrito demandatorio (folio 133 *ibídem*) se hubiera proferido el acto de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, constituyendo así su retiro del servicio una destitución disfrazada, sin que se garantizara el ejercicio del derecho de defensa.

Es preciso destacar, como lo ha manifestado la Corporación en varias oportunidades, que la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción es completamente independiente de la acción disciplinaria, pues el proceso disciplinario carece de la virtualidad de conferir relativa inamovilidad en su empleo a un funcionario de libre nombramiento y remoción pudiéndose continuar y culminar a pesar del retiro. Tal circunstancia no impide el ejercicio del derecho de defensa del inculpado, ni la insubsistencia sustituye a la destitución, pues esta última constituye una sanción y no lo es la insubsistencia.

Por ende, siendo diferentes la facultad sancionadora y la insubsistencia, pues mientras la primera es eminentemente reglada, la segunda es discrecional, salvo que se trate de funcionario de carrera, se presume ejercida con miras a garantizar el buen servicio público, no existiendo ninguna interferencia entre las dos, hasta el punto de que puede utilizarse esta a través de la declaración de insubsistencia aún estando en curso una investigación disciplinaria.

El principio anteriormente expuesto es aplicable al caso *sub-lite,* si se tiene en cuenta que la actora en la demanda alude a que está siendo investigada por presuntas irregularidades cometidas en el ejercicio de su empleo, por queja formulada contra ella por un particular (folio 134 *ibídem*) y a que en la adición del libelo (folio 320 *ibídem*) se hace referencia a que han cursado contra la demandante dos investigaciones disciplinarias, la una archivada por falta de mérito para formular cargos por la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional, y la otra, que se encuentra en trámite en la Procuraduría Regional de Ibagué, por lo que según la actora no fue esperada por la administración la correspondiente decisión para que se procediera a destituirla con el pretexto del ejercicio de una facultad discrecional inexistente y porque los hechos que originaron la investigación en curso fueron anteriores a la desvinculación del servicio y, por consiguiente, están erigidos en un vicio oculto del acto administrativo enjuiciado.

Sobre el tópico, dirá la Sala, además de lo expresado, que en este asunto tampoco está probado que por tales investigaciones se hubiera tomado la determinación por el Gobierno Nacional de desvincular de la administración a la demandante.

Respecto a que la declaración de insubsistencia también fue una destitución disfrazada (folio 176 *ibídem*), porque según escrito de la apoderada de la Nación (folio 171 *ibídem*), desde el ingreso a la institución la actitud asumida por la actora fue polémica y la Policía Nacional debe regirse por estrictas normas de comportamiento y disciplina, que a lo largo de las pruebas aportadas, eran discutidas en forma continua e injustificada por ella y a que el "conducto regular" era violado permanentemente y,

por consiguiente, obstaculizaba el buen servicio a cargo de la administración, dirá la Corporación que tampoco está demostrado dentro del proceso que por aquellas circunstancias el Gobierno Nacional produjo la desvinculación de la demandante a través del decreto impugnado.

A folios 88 y 90 del cuaderno No. 2 sólo aparece en la exposición de motivos del proyecto que dio origen al acto acusado, que el retiro de la administración de la actora se propuso por necesidades del servicio teniendo en cuenta que era una funcionaria de libre nombramiento y remoción del Gobierno Nacional.

6o). El Decreto No. 2247 de 1984, aplicable al caso *sub-exámine,* dispone que las empleadas del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional que en el curso del embarazo sufran aborto, tienen derecho a una licencia remunerada por el término de cuatro semanas (art. 85); que durante el embarazo y a los tres meses siguientes a la fecha del parto o aborto, únicamente podrá efectuarse el retiro de dichas funcionarias por justa causa comprobada y mediante autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; que se presume que el retiro se ha llevado a cabo por motivo del embarazo cuando ha tenido lugar dentro de los períodos allí indicados, sin las formalidades que se establecen para el efecto; que en este evento las funcionarias tienen derecho a que se le pague una indemnización equivalente al salario de sesenta días, fuera de las prestaciones a que hubiere lugar, de conformidad con su situación legal y además al pago de la licencia remunerada si el retiro impide el goce de esta (art. 87).

Como es de conocimiento, los artículos 21 del Decreto 3135 de 1968; 31, 39 a 41 del Decreto 1848 de 1969 contemplan este aspecto dentro del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales establecido en tales disposiciones, no aplicables en este asunto, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 3193 de 1968 y 105 del Decreto 1848 de 1969, y además por existir norma especial que regula esta materia (Decreto 2247 de 1984).

7o). En cuanto al reintegro de la mujer que ha sido retirada del servicio por motivo de embarazo, sobre el particular anota la Corporación que hasta fecha reciente la jurisprudencia del Consejo del Estado había sido reiterada en el sentido de no ordenarlo, teniendo en cuenta que la ley establece indemnizaciones en caso de despido injustificado durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o al aborto, limitándose a ese período la estabilidad derivada de dicha situación. Sin embargo, tal criterio jurisprudencial fue modificado por la Sala en sentencia del 3 de noviembre de 1993 con ponencia de la Magistrada doctora Clara Forero de Castro, dentro del Proceso No. 5065 en que fue demandante la señora Doris Mercedes Prada Castillo, en virtud de la especial protección que a la maternidad le dio el Constituyente de 1991 en el artículo 43 de la nueva Constitución Política.

En estos eventos, por ende, la funcionaria tiene derecho, además del reintegro al servicio, a que se le reconozca la indemnización, la suma de dinero correspondiente a

la licencia remunerada, siempre y cuando el despido impida el goce de la misma, y al pago del tiempo comprendido entre la desvinculación del cargo y el reintegro, descontando lo atinente al tiempo de la licencia remunerada.

Como lo afirma el Tribunal Administrativo del Tolima en el fallo recurrido de enero 14 de 1991 (folio 380 *ibídem*) y la Fiscalía Novena del Consejo de Estado en su concepto de fondo (folios 420 y 421 *ibídem*), está probado en el proceso que la demandante fue separada del cargo de Juez 75 de Instrucción Penal Militar dentro de los tres meses siguientes al aborto que sufrió el día 17 de enero de 1987, situación de la cual tenía conocimiento el Departamento de Policía del Tolima, como se desprende de las incapacidades médicas que reposan a folios 82, 83, 85, 87 y 88 del cuaderno principal, de la declaración del médico ginecólogo Ramiro Lozano Neira, que obra a folios 262 y 262 vuelto *ibídem,* y del oficio del 19 de enero de 1987 suscrito por el Médico Jefe Sesan-Detol que aparece a folios 26 y 27 de la hoja de vida de la actora.

Por consiguiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 87 del Decreto 2247 de 1984, para el retiro del servicio de la actora debió acreditarse justa causa comprobada y mediante autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, procedimiento que no aparece se hubiera realizado en este asunto para la desvinculación. Y como lo señala la agencia del Ministerio Público, la entidad demandada no probó en contrario la presunción legal del despido por embarazo aplicable en el caso de la señora Reyes de Tavera (folios 421 *ibídem*).

Mientras la administración no desvirtúe dicha presunción, debe aceptarse que el despido prohibido no tuvo por finalidad el buen servicio, configurándose de esta forma la desviación de poder.

Así las cosas, el acto acusado es nulo por haber sido dictado desconociendo el mandato del artículo 87 del Decreto 2247 de 1989. El restablecimiento del derecho, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del decreto impugnado, 439 de 1987, se ordenará acorde con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

9o). La Corporación se abstiene de pronunciarse sobre el vicio de incompetencia alegado por la Fiscalía Novena del Consejo de Estado, en cuanto a que el nominador era en este asunto el Tribunal Superior Militar y no el Gobierno Nacional (folio 424 *ibídem*), porque siendo esta jurisdicción rogada, no es dable analizar el cargo contra el acto enjuiciado hecho por la agencia del Ministerio Público, por no haber sido invocado por la parte demandante en el libelo tal incompetencia como causal de anulación del Decreto 439 de 1987.

10o). En relación con lo expresado por la actora en el recurso de apelación de que dos de los Magistrados del Tribunal Administrativo del Tolima han debido declararse impedidos para conocer de este caso por los motivos allí señalados (folios 398 a 400 *ibídem*), bien pudo la parte demandante haberlos recusado en la oportunidad procesal

idónea, acudiendo a lo preceptuado en el artículo 160 del C.C.A. que en esta materia remite al artículo 142 y s.s. del Código de Procedimiento Civil.

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 enero 14 de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima en el proceso incoado por la señora Dora Cecilia Reyes de Tavera.

En su lugar se dispone:

2o. Declárase la nulidad del Decreto No. 439 del 3 de enero de 1987 expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual se declaró insubsistente su nombramiento como Juez 75 de Instrucción Penal Militar, grado 17, del Departamento de Policía del Tolima.

3o. Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, la Nación (Ministerio de Defensa Nacional) reintegrará a la demandante al cargo que venía desempeñando al momento de su remoción, o a otro de igual o superior jerarquía.

4o. Condénese a la Nación a reconocer y pagar a la señora Cecilia Reyes de Tavera todos los sueldos y prestaciones dejados de devengar desde el retiro del servicio, como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, hasta cuando se produzca su reintegro, descontando de esta suma lo que hubiere recibido por concepto de entidades públicas, conforme al artículo 64 de la Carta de 1886 y 128 de la Constitución de 1991.

5o. Condénese a la Nación a pagar a la demandante el valor de 60 días de salario como indemnización, en los términos de lo dispuesto en el artículo 87 del Decreto 2047 de 1984.

6o. Declárase para todos los efectos legales, que no ha habido solución de continuidad en la prestación de los servicios a la Nación por parte de la demandante.

7o. Condénese a la Nación a pagar a la actora la remuneración correspondiente a los días trabajados durante el período de la licencia, según constancia que aparece a folio 89 del cuaderno principal.

8o. Para el cumplimiento de la sentencia, la Nación observará lo dispuesto por los artículos 176 y 177 del C.C.A.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y, UNA VEZ EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA, DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 17 de marzo de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora (Aclara Voto), *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SENTENCIA CONDENATORIA/DOBLE ASIGNACION DEL TESORO–Inexistencia/**DESCUENTO–Improcedencia/EMPLEADO PUBLICO–**Inexistencia/**INDEMNIZACION DE PERJUICIOS/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 tienen 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 resolutiva de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esta manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

PROTECCION A LA MATERNIDAD/REINTEGRO/INDEMNIZACION POR RETIRO EN ESTADO DE EMBARAZO–Compatibilidad/**PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD–**(Aclaración de Voto).

El rumbo jurisprudencial contenido en la sentencia respecto de la protección integral de la mujer, y en especial de la trabajadora como madre y eje central de la familia, significa un avance importante que se compagina con los lineamientos de la Constitución de 1991. Abrigo, sin embargo, dudas en cuanto a la procedencia simultánea del reintegro con sus consecuencias económicas, y la indemnización por el retiro en

estado de embarazo. Empero, la invocación del principio de favorabilidad me llevó a compartirla en este caso.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Salvamento de Voto del *Doctor Carlos Arturo Orejuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 5569. Autoridades Nacionales. Actor: Doris Cecilia Reyes de Tavera.

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 resolutiva en cuanto al revocar para acceder a las súplicas de la demanda 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 tienen 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 determinan 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 prohibiciones rige el principio de la tipicidad; no hay prohibición sin ley que la consagre; la analogía en las penas es inadmisible".

"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".

"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 exp. No. 29629, Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G., junio 5/84; en el exp. 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 resolutiva de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esta manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Por estas sintéticas consideraciones, entonces no comparto la parte resolutiva de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

De otro lado, como lo señalé en asunto similar, estimo que el rumbo jurisprudencial contenido en la sentencia respecto de la protección integral de la mujer, y en especial de la trabajadora como madre y eje central de la familia, significa un avance importante que se compagina con los lineamientos de la Constitución de 1991. Abrigo, sin embargo, dudas en cuanto a la procedencia simultánea del reintegro con sus consecuencias económicas, y la indemnización por el retiro en estado de embarazo. Empero, la invocación del principio de favorabilidad me llevó a compartirla en este caso.

En estos términos, entonces, dejo expuesto mi pensamiento sobre el particular, esto es, sobre los dos aspectos que planteé en la discusión del asunto en la Sala.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS DE BARRANQUILLA–Reestructuración/**SUPRESION DE EMPLEOS/NOTIFICACION/PRESTACIONES SOCIALES/PAGO/EMPLEADO PUBLICO MUNICIPAL/BONIFICACION**–Improcedencia

El Municipio no demostró la supresión del cargo del actor y su correspondiente comunicación, y en sentido contrario, el demandante si comprobó que laboró para el Municipio y que solamente fue desvinculado mediante el Decreto 372 de 28 de julio de 1986. Llama la atención a la Sala la ignorancia de las instituciones propias del derecho administrativo laboral de la cual hace gala el municipio de Barranquilla en su contestación de la demanda, utilizando como si fueran sinónimos las expresiones vacancia del cargo, insubsistencia y desvinculación, y sin referencia alguna a la figura de la supresión del empleo. Igualmente, el decreto antes citado utiliza la expresión genérica desvinculación, sin precisar realmente de cuál de las distintas causales de retiro en concreto, se trata. Por consiguiente, la condena al Municipio de Barranquilla respecto de sueldos, vacaciones y prima de navidad en favor del actor a que se refiere la sentencia consultada y dejados de cancelar al actor, debe confirmarse. En cuanto se refiere el pago de la bonificación por servicios prestados que el demandante solicitó en la petición tercera de su demanda con base en el Decreto Ley 451 de 1984, deberá revocarse por cuanto dicho factor salarial fue regulado por el legislador únicamente en favor de los empleados públicos nacionales y no para los municipales, mediante el Decreto Ley 1042 de 1978 y en los sucesivos decretos expedidos con posterioridad, incluido el citado Decreto Ley 451 de 1984.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 6445. Asuntos Municipales. Actor: José Peña García.

JOSE LUIS PEÑA GARCIA, solicitó al Tribunal Administrativo del Atlántico ordenara al Municipio de Barranquilla el pago de sus sueldos, primas, vacaciones y bonificación por servicios prestados correspondientes a los meses de enero a julio de 1986, mes este último en el cual le fue comunicada su desvinculación del cargo que desempeñaba en el municipio, con ocasión de la reestructuración de la Secretaría de Obras Públicas.

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal Administrativo, mediante sentencia condenó al Municipio de Barranquilla al pago de las asignaciones correspondientes a los sueldos no cancelados entre enero y julio de 1986, a las vacaciones comprendidas entre el 1o. de marzo 1985 y el 1o. de marzo de 1986, a las bonificaciones por servicios prestados de enero a julio de 1986, y a la prima de navidad proporcional causada a julio de 1986.

Para tomar la decisión el Tribunal estimó que aunque la reestructuración de la Secretaría de Obras Públicas, se produjo mediante acuerdo No. 19 de 16 de septiembre de 1985, al actor sólo se le desvinculó hasta el mes de julio de 1986, mediante el decreto No. 372 de 28 de julio de 1986.

Sobre el particular expresó el Tribunal lo siguiente:

> "Quiere decir lo anterior que la desvinculación sólo se produjo una vez que se le notificó al demandante la supresión del empleo que venía desempeñando, y no antes, ya que un acto administrativo sólo produce efectos una vez que ha sido notificado en legal forma".

Como la anterior decisión no fue impugnada, llega a esta Corporación en grado de consulta.

El Procurador Delegado ante este Despacho no rindió concepto.

CONSIDERACIONES:

1) Como la entidad demandada se opuso a las pretensiones del actor con base en que este no tenía derecho al pago de salarios y prestaciones, porque si bien fue declarado insubsistente mediante decreto del 28 de julio de 1986, el actor había quedado retirado del servicio a partir de la vigencia del acuerdo 19 de 1985, mediante el cual se reestructuró la Secretaría de Obras Públicas de Barranquilla.

En la contestación de la demanda el Municipio de Barranquilla, dijo al respecto:

"Me opongo a las pretensiones del demandante. En efecto, mediante Acuerdo Número 019 de septiembre 19 de 1985, el Honorable Concejo Municipal de Barranquilla, efectuó una reestructuración en la Secretaría de Obras Públicas Municipales, **no quedando cobijados por dicho acuerdo, entre otros, el empleado demandante.**

Ello significa que la vacancia del cargo se produjo, no desde la fecha de la declaratoria de insubsistencia, sino desde la fecha en que fue suprimido el cargo.

Por tal manera que, **aunque la declaratoria de insubsistencia sólo se produjo en julio 28 de 1986. el demandante había quedado por fuera del servicio realmente a partir de la vigencia del acuerdo 019 de septiembre 16 de 1985, y no a partir de la fecha de comunicación de la insubsistencia.**

Por consiguiente, no se causaron a favor del demandante los salarios y prestaciones reclamados".

2) En el proceso, el Municipio de Barranquilla no demostró que el actor no hubiera prestado sus servicios al Municipio entre enero y julio de 1986, ni que este hubiera sido notificado de que debía retirarse en el año de 1985, con ocasión de la expedición del acuerdo No. 19 de 1985.

En sentido contrario, la Administración Municipal conciente de que varios empleados incluido el actor, a pesar de la reestructuración administrativa de la Secretaría de Obras Públicas, continuaban prestando sus servicios, decidió expedir el D. 372 de 28 de julio de 1986, con el objeto de desvincularlos del servicio público.

Esta decisión administrativa según el.actor, le fue comunicada el 30 de julio de 1986.

Textualmente en la parte pertinente expresó dicho acto administrativo:

"EL ALCALDE DE BARRANQUILLA

En uso de sus facultades legales,

C O N S I D E R A N D O:

Que mediante. Acuerdo No. 019 de fecha 16 de septiembre de 1985, el Honorable Concejo Municipal de Barranquilla reorganizó la Secretaría de Obras Públicas Municipales creando el nuevo Departamento Administrativo de Planeación Municipal;

Que mediante este acuerdo hubo algunos funcionarlos de dicha dependencia que no quedaron cobijados en la planta de personal del nuevo Departamento Administrativo de Planeación Municipal;

Que (sic) estos funcionarios **no se les ha comunicado** el cese de sus funciones en sus respectivos cargos;

RESUELVE :

ARTICULO PRIMERO.- **Desvincúlense** de sus cargos los señores:

"(...)"

JOSE LUIS PEÑA GARCIA

ARTICULO SEGUNDO.- **Comuníqueseles** con copia del Decreto y a través de oficio la**desvinculación** en sus cargos de la Administración Municipal a cada uno de ellos.

Todo lo anterior **para los efectos legales pertinentes.**

COMUNIQUESE Y PUBLIQUESE.

Dado en Barranquilla, a los 28 de julio de 1986".

3) La vinculación laboral en el año de 1986 entre el actor y el Municipio de Barranquilla, luego de la reestructuración de la Secretaría de Obras, quedó además establecida en el proceso, mediante la inspección judicial que el Tribunal Administrativo practicó a la Contraloría Municipal de Barranquilla.

De acuerdo con lo consignado en dicha diligencia, el actor fue designado a partir del primero de enero de 1986 como Jefe de Sección de Estudios Económicos y de Población, en el Departamento Administrativo de Planeación.

En el aparte correspondiente de dicha diligencia judicial y con base en la hoja de vida del actor, se constató, entre otros aspectos lo siguiente:

"Seguidamente la Contralora Municipal pone de presente y a disposición del Tribunal la documentación requerida y examinada que fue (sic) dio el siguiente resultado: Se constató en el folder que contiene la hoja de vida del ex funcionario demandante, señor José Luis Peña García, en relación a los puntos a probar por el demandante, lo siguiente:

"(...)"

a) Que entró a ejercer el cargo el 1o. de marzo de 1985 como Jefe de Investigación Económica y Estadística de la Secretaría de Urbanismo, Fomento y Planeación Municipal, con un sueldo de $ 51.564.oo, **b) Que el 1o. de enero de 1986, entró a ejercer el cargo de Jefe de Sección Estudios Económicos y de Población, Departamento Administrativo de Planeación con cargo al presupuesto de 1986, acuerdo No. 029 de 1986, con un sueldo de $ 85.182.oo, c) Consta así mismo que fue declarado insubsistente según decreto No. 372 de julio 28 de 1986.**

"(...)"

6) **Examinadas** y revisadas **las nóminas correspondientes a sueldos, primas, bonificaciones, no aparece cancelación alguna a favor del ex empleado señor José Luis Peña García, por el año de mil novecientos ochenta y seis (1986), tampoco existe constancia alguna de pago de vacaciones al demandante por el tiempo laborado".**

4) La Sala con base en lo antes expuesto considera que el fallo debe confirmarse, por cuanto quedó probado en el expediente que el Municipio de Barranquilla solamente desvinculó al actor a partir del 30 de julio de 1986, fecha de la comunicación al demandante del Decreto 372, según se afirmó en la demanda sin que esta afirmación hubiera sido desvirtuada enel curso del proceso, de una parte, y de la otra, el Municipio no démostró que la supresión del cargo que alegó en la contestación de la demanda se hubiera producido en 1985, y que de haber sido así, le hubiera sido comunicado ese mismo año.

En otras palabras, el Municipio no demostró la supresión del cargo del actor y su correspondiente comunicación, y en sentido contrario, el demandante sí comprobó que laboró para el Municipio entre enero y julio de 1986 y que solamente fue desvinculado mediante el decreto No. 372 de 28 de julio de 1986.

Llama la atención a la Sala la ignorancia de las instituciones propias del derecho administrativo laboral de la cual hace gala el municipio de Barranquilla en su contestación de la demanda, utilizando como si fueran sinónimos las expresiones vacancia del cargo, insubsistencia y desvinculación, y sin referencia alguna a la figura de la supresión del empleo. Igualmente, el decreto antes citado utiliza la expresión genérica desvinculación, sin precisar realmente de cuál de las distintas causales de retiro en concreto, se trata.

5) Por consiguiente, la condena al Municipio de Barranquilla respecto de sueldos, vacaciones y prima de navidad en favor del actor a que se refiere la sentencia consultada y dejados de cancelar al actor, debe confirmarse.

Sin embargo, en cuanto se refiere al pago de la bonificación por servicios prestados que el demandante solicitó en la petición tercera de su demanda con base en el decreto ley 451 de 1984, deberá revocarse por cuanto dicho factor salarial fue regulado por el legislador únicamente en favor de los empleados públicos nacionales y no para los municipales, mediante el decreto ley 1042 de 1978 y en los sucesivos decretos expedidos con posterioridad, incluido el citado decreto ley 451 de 1984.

Como no demostró con copia del acto administrativo del Concejo Municipal de Barranquilla que sus empleados públicos municipales tenían ese derecho salarial, se revocará por este aspecto parcialmente el fallo consultado.

En merito de lo antes 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 el fallo de 28 de octubre de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico en demanda promovida por JOSE LUIS PEÑA GARCIA, con excepción del aparte c) del numeral 2o. de dicha providencia, y mediante el cual se ordenaba el pago de "las bonificaciones por servicios prestados de enero a julio de 1986", el cual se revoca.

En firme la presente providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz (ausente), *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna* (ausente), *Carlos Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/CADUCIDAD/SANCION DISCIPLINARIA/JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/COMPETENCIA/INDIVIDUALIZACION DEL ACTO

La Resolución No. 001 de 26 de enero de 1989, le fue notificada personalmente a la actora el mismo día y aun cuando impugnó tal decisión, el recurso le fue negado por tratarse de una decisión de única instancia conforme a lo dispuesto en el artículo 78 del Decreto 52 de 1987. La Resolución No. 002 de 27 de enero de 1989, mediante la cual le fue impuesta a la actora la sanción de destitución fue apelada y confirmada por el Tribunal Superior de Medellín. El edicto mediante el cual se notificó esta providencia se desfijó el día 1o. de abril de 1989, y como la demanda se presentó el dia 8 de agosto de 1989, la acción ya había caducado. Para esta fecha el inciso final del art. 82 del C.C.A. (D. 01 de 1984) excluía del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, únicamente las sanciones disciplinarias que imponía el Tribunal Disciplinario pero no las proferidas por autoridades judiciales del país, como la que le impuso a la actora el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Posteriormente y a partir de la vigencia del Decreto 1888 de 1989 de 23 de agosto, su artículo 51 señaló que las sanciones disciplinarias dictadas en relación con funcionarios y empleados judiciales no eran susceptibles de acción contencioso administrativa, precepto que fue derogado por el artículo 12 del Decreto 2304 de 7 de octubre de 1989, haciendo posible en la actualidad su impugnación ante esta jurisdicción. Como la sanción que le impuso el Tribunal a la actora, quedó ejecutoriada el día 1o. de abril de 1989 y aún no estaba vigente el Decreto 1888 de 1989, y dicho acto sancionatorio no fue impuesto por el Tribunal Disciplinario, se concluye que dicho acto sí era de competencia de esta jurisdicción, y al dejar de demandarlo, no

individualizó correctamente los actos acusados, y por lo tanto le asiste razón al Tribunal por este aspecto.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 6594. Autoridades Nacionales. Actor: Rosa Digna Marín Y.

ROSA DIGNA MARIN YABUR, solicitó al Tribunal Administrativo de Antioquia declarara **la nulidad** de las **resoluciones No. 001 y 002 de 1989,** proferidas por la Juez del Circuito Laboral de Turbo, mediante las cuales por la primera se le impuso **la sanción de suspensión provisional en el empleo por 15 días,** y por la segunda se le impuso **la sanción de destitución,** una y otra resolución con base en procesos disciplinarios diferentes y por faltas distintas (fl. 10).

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo mediante fallo se declaró inhibido para fallar en el fondo, por cuanto respecto de la primera resolución la No. 001, se impugnó cuando ya habían transcurrido más de cuatro meses de haberle sido notificada, y respecto de la resolución No. 002 ocurrió lo mismo, y además como ella fue impugnada ante el Tribunal Superior, y dicha Corporación la confirmó, y a pesar de ello, la actora no solicitó su nulidad en la demanda, dejó de individualizar correctamente los actos acusados, produciéndose así ineptitud sustantiva en la demanda.

EL RECURSO

La actora interpuso el recurso de apelación contra el anterior fallo, por estimar que no podía solicitar la nulidad del acto que confirmó la sanción de destitución, porque dicho acto tenía carácter jurisdiccional y conforme a la ley no podía ser controvertida ante esta jurisdicción.

Dijo el recurrente al respecto:

> "No se podía accionar contra la sentencia disciplinaria –Acta 044 de 1989, de la Sala Especial Disciplinaria del H. Tribunal Superior de Medellín– porque esa decisión no tenía el carácter de acto administrativo sino jurisdiccional y no podía por ser jurisdiccional dar lugar a "controversia o litigio administrativo", como lo prescribe el artículo 82 del C.C.A., para que dicho litigio sea objeto de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

Respecto de la caducidad de la acción de la resolución No. 001, el recurrente no expresó nada, limitándose a señalar que era un acto ilegal y que por lo tanto el Tribunal debía haberlo declarado nulo.

El Ministerio Público, no rindió concepto ante esta Corporación.

CONSIDERACIONES:

1) Como el Tribunal se abstuvo de decidir en el fondo las súplicas de la demanda por existir caducidad de la acción y de ser ello cierto existiría incompetencia, deberá examinarse este aspecto en primer término.

2) Los actos acusados son independientes entre sí y decidieron en su oportunidad, procesos disciplinarios diferentes por faltas disciplinarias igualmente distintas.

3) La resolución No. 001 de 26 de enero de 1989 proferida por el Juez Laboral del Circuito de Turbo impuso a la actora una sanción disciplinaria de 15 días sin derecho a remuneración, investigación que adelantó la Procuraduría bajo la radicación No. 5530.

4) La resolución No. 002 de 27 de enero de 1989 le impuso a la demandante la sanción de destitución del cargo de secretaria grado 10 con base en el proceso disciplinario radicado en la Procuraduría bajo el No. 5548 (fl. 7).

5) La resolución No. 001 de 26 de enero de 1989, le fue notificada personalmente a la actora el mismo día y aun cuando impugnó tal decisión, el recurso le fue negado por tratarse de una decisión de única instancia conforme a lo dispuesto en el art. 78 del D. 52 de 1987 (fls. 73 y 77).

Como la demanda fue presentada contra este acto el día 8 de agosto de 1989, se observa que ya habían transcurrido más de 4 meses, y por lo tanto la acción ya había caducado, asistiéndole razón al Tribunal cuando declaró la caducidad de la acción de este acto.

6) La resolución No. 002 de 27 de enero de 1989, mediante la cual le fue impuesta a la actora la sanción de destitución fue apelada y confirmada por el Tribunal Superior de Medellín.

El edicto mediante el cual se notificó esta providencia se desfijó el día 1o. de abril de 1989, y como la demanda se presentó el día 8 de agosto de 1989, la acción ya había caducado.

No obstante, conviene señalar que para esta fecha el inciso final del artículo 82 del C.C.A. (D. 01 de 1984) excluía del conocimiento de la jurisdicción contencioso

administrativa, únicamente las sanciones disciplinarias que imponía el Tribunal Disciplinario pero no las proferidas por autoridades judiciales del país, como la que le impuso a la actora el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Textualmente expresaba este inciso:

> **"Objeto de la jurisdicción en lo contencioso administrativo.**
>
> "(...)"
>
> La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzgará las providencias dictadas en juicios de policía de carácter penal o civil, **ni las sanciones que imponga el Tribunal Disciplinario** (se subraya).

Posteriormente y a partir de la vigencia del D. 1888 de 1989 de 23 de agosto, su artículo 51 señaló que las sanciones disciplinarias dictadas en relación con funcionarios y empleados judiciales no eran susceptibles de acción contencioso administrativa, precepto que fue derogado por el artículo 12 del D. 2304 de 7 de octubre de 1989, haciendo posible en la actualidad su impugnación ante esta jurisdicción.

En su parte pertinente expresa:

> **"Objeto de la jurisdicción en lo contencioso administrativo.**
>
> "(...)"
>
> La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la ley".

Sin embargo, como la sanción que le impuso el Tribunal de Medellín a la actora, quedó ejecutoriada el día 1o. de abril de 1989 y aún no estaba vigente el decreto 1888 de 1989, y dicho acto sancionatorio no fue impuesto por el Tribunal Disciplinario, se concluye que dicho acto sí era de competencia de esta jurisdicción, y al dejar de demandarlo, no individualizó correctamente los actos acusados, y por lo tanto le asiste razón al Tribunal por este aspecto.

Sobre la necesidad de demandar todos los actos producidos en la vía gubernativa, la Sala Plena se pronunció en fallo de 12 de diciembre de 1988, exp. S-047 con ponencia del Dr. Jorge Penen Deltieure.

Textualmente dijo este fallo:

> "En efecto, "individualizar el acto con toda precisión" como dice el artículo, exige la inclusión de todos los producidos en la vía gubernativa, aunque sean confirmatorios del primero, porque estos son tan importantes para el acto

principal, que son ellos finalmente los que permiten saber si antes de la decisión judicial, el acto principal se mantiene vigente o no. Anulado el acto principal, estos actos no quedan sin piso jurídico porque, al contrario, son ellos lo que le dan firmeza jurídica al principal pues mientras ellos no se dicten no se puede decir que el acto principal está en firme, a no ser el caso del silencio administrativo".

7) Sobre la caducidad de la acción esta Corporación se ha pronunciado reiteradamente. Pueden citarse al respecto los fallos de 26 de marzo de 1992, exp. 3042 ponente Dr. Diego Younes Moreno y de Sala Plena, de fecha 21 de noviembre de 1992 con ponencia de la Dra. Dolly Pedraza de Arenas.

De conformidad con lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE el fallo de 22 de noviembre de 1991 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia en demanda promovida por ROSA DIGNA MARIN YABUR.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE, Y UNA VEZ EJECUTORIADO DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión del día veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz* (ausente), *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna* (ausente), *Carlos Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SANTAFE DE BOGOTA D.C./EMPLEADOS–Régimen Aplicable/**ALCALDE MAYOR**–Facultades/**CONGRESO DE LA REPUBLICA**–Facultades/**TRANSITO DE LEGISLACION**

Es regla general la de que los empleos son de carrera, salvo las excepciones que expresamente señala la ley, y que la declaración sobre el carácter de libre nombramiento y remoción de un empleo, es tarea del legislador. En ese orden de ideas, se observa que los empleos definidos como de libre nombramiento y remoción en los actos acusados, no están señalados en las excepciones previstas en la Constitución ni en la Ley, y que el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, D.C., no tiene atribución para definir como de libre nombramiento y remoción los referidos empleos. SUSPENDE PROVISIONALMENTE los efectos de los Decretos 225 de mayo 16 de 1990 y 174 de marzo 23 de 1991, sobre clasificación de empleados del Distrito.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 8211. Apelación Interlocutorios. Actor: Javier Sánchez Segura.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el señor JAVIER SANCHEZ SEGURA, contra el auto de 23 de octubre de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

EL AUTO APELADO

Mediante la providencia objeto del recurso de apelación, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y negó la solicitud de suspensión provisional de los artículos 1o. del Decreto 225 de 1990, y 1o. y 2o. del Decreto 174 de 23 de marzo de 1991, expedidos por el señor Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá D.C.

Negó la medida impetrada en consideración a que, de la sencilla comparación de los actos acusados, con las disposiciones de orden superior invocadas, no surgía en forma manifiesta la transgresión alegada, teniendo en cuenta, en sentir del Tribunal que, para establecerla sería indispensable hacer un análisis previo del Decreto No. 0302 de 18 de junio de 1989, "que dice fue modificado por uno de los actos acusados" y que el interesado no acompañó a los autos.

Además expresó el Tribunal que se requeriría adentrarse en el estudio de la extensión de la facultad concedida a la autoridad nominadora, en el numeral 4o. del artículo 33, del Acuerdo No. 12 de 1987, expedido por el Concejo de Santafé de Bogotá D.C.

FUNDAMENTO DE LA APELACION

El actor hace consistir su inconformidad con la decisión del Tribunal, en síntesis, mediante la exposición de las siguientes razones:

– No es necesario remitirse al examen del Decreto 0302 de 18 de julio de 1989, para deducir el desconocimiento del ordenamiento superior invocado en la demanda, pues el mencionado decreto ya fue derogado, no tiene vida jurídica.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1) De conformidad con el art. 152 del C.C.A., para que la medida de suspensión provisional sea procedente, se requiere la reunión de los siguientes requisitos:

a) Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado antes de su admisión.

b) Si la acción es la de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, mediante confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

2) En el caso presente, se solicita la suspensión provisional del artículo 1o. del Decreto 225 de 16 de mayo de 1990 y artículos 1o. y 2o. del Decreto No. 174 de 1991, expedidos por el señor Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá D.C.

3) Las disposiciones impugnadas en su orden, disponen:

a) Decreto 225 de 16 de mayo de 1990, art. 1o.:

Por ser de absoluta confianza del Despacho del Tesorero de Bogotá D.E. defínanse como de libre nombramiento y remoción, los siguientes cargos:

.....

b) Decreto 174 de 23 de marzo de 1991.

ARTICULO PRIMERO.– Por ser de absoluta confianza del Despacho del Tesorero, defínanse como de libre nombramiento y remocíón, los siguientes cargos:

.....

ARTICULO SEGUNDO.– Los cargos relacionados en el artículo anterior que a la fecha de expedición de este Decreto se encuentren ocupados por funcionarios inscritos en Carrera Administrativa, serán de libre nombramiento y remoción una vez queden vacantes.

4) La controversia gira en torno a dilucidar, si los actos acusados, al definir algunos cargos del Despacho del Tesorero de Santafé de Bogotá D.C., como de libre nombramiento y remoción, son violatorios *prima facie* del ordenamiento superior.

5) Para resolver el problema jurídico, la Sala se permite hacer las siguientes precisiones:

Los actos demandados son, cronológicamente hablando, así: El decreto 225, fue expedido el 16 de mayo de 1990, y el decreto 174 el 23 de marzo de 1991, es decir en vigencia de la Carta anterior.

No obstante, la demanda contra ellos fue incoada el 31 de agosto de 1992, fecha para la cual ya regía, sin duda alguna, la nueva Carta de 1991.

La Sala hará el cotejo entre los actos acusados frente a la nueva Constitución y normas que la desarrollan.

a) La C.N. en su art. 125 señala la regla general según la cual, los empleos de los organismos y entidades del Estado, son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. La norma en mención, igualmente señala que "los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público".

b) Se impugnan unos actos expedidos por el señor Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá D.C., mediante los cuales define como de libre nombramiento y remoción algunos empleos de Despacho del Tesorero.

El art. 322 de la Carta dispone que el régimen político, fiscal y administrativo para el Distrito Especial de Santafé de Bogotá, será el que determine la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

A su vez, la ley 27 de 1992, en el artículo 4o. reproduce la regla general contenida en el art. 125 de la C.N. y en el parágrafo del artículo 2o., dispuso que los empleados del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, continuaron rigiéndose por las disposiciones contenidas en el Acuerdo 12 de 1987, expedido por el Concejo Distrital de Bogotá y todas las normas reglamentarias del mismo en todo aquello que esta ley no modifique o regule.

c) La regla general en comento, ya había sido consagrada en el artículo 33 del Acuerdo 12 de 1987 expedido por el Concejo del Distrito Capital, el cual dispuso que, "pertenecen a la carrera administrativa, la totalidad de los cargos de la administración central del Distrito Especial, el Concejo, la Personería, la Contraloría y la Tesorería, y señaló las excepciones.

d) El Decreto Ley 1421 de 1993, estatuto orgánico de Santafé de Bogotá D.C., en su artículo 126, dispuso:

> Los cargos de las entidades del Distrito son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, período fijo, libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los **demás que determine la ley.** Los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público (subrayas fuera del texto).
>
> **Son aplicables en el Distrito Capital y sus entidades descentralizadas,** las disposiciones de la ley 27 de 1992, en los términos allí previstos y sus disposiciones complementarias.

e) La Sala no entrará a examinar si las normas acusadas quedaron derogadas por la Constitución de 1991 o por el Decreto 1421 de 1993, por ser materia de la sentencia.

De la normatividad antes referenciada, con facilidad se aprecia, que es regla general la de que los empleos son de carrera, salvo las excepciones que expresamente señale la ley, y que la declaración sobre el carácter de libre nombramiento y remoción de un empleo, es tarea del legislador.

En ese orden de ideas, se observa que los empleos definidos como de libre nombramiento y remoción en los actos acusados, no están señalados en las excepciones

previstas en la Constitución ni en la ley, y que el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, D.C., no tiene atribución para definir como de libre nombramiento y remoción los referidos empleos.

En esas condiciones, es procedente la petición de suspensión provisional, pues se advierte sin mayor esfuerzo, la contradicción en que incurren los actos acusados, con las disposiciones de orden legal y constitucional antes citadas.

En mérito de lo expuesto, la Sección Segunda del Consejo de Estado,

RESUELVE:

REVOCASE el auto de 23 de octubre de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto no accedió a decretar la suspensión provisional.

En su lugar, se dispone:

SUSPENDENSE PROVISIONALMENTE los efectos de los Decretos 225 de mayo 16 de 1990 y 174 de marzo 23 de 1991, sobre clasificación de empleados del Distrito.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión realizada el día diecisiete (17) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz* (ausente), *Pedro Charria Angulo,* Conjuez (ausente), *Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

b) Se impugnan unos actos expedidos por el señor Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá D.C., mediante los cuales define como de libre nombramiento y remoción algunos empleos de Despacho del Tesorero.

El art. 322 de la Carta dispone que el régimen político, fiscal y administrativo para el Distrito Especial de Santafé de Bogotá, será el que determine la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

A su vez, la ley 27 de 1992, en el artículo 4o. reproduce la regla general contenida en el art. 125 de la C.N. y en el parágrafo del artículo 2o., dispuso que los empleados del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, continuaron rigiéndose por las disposiciones contenidas en el Acuerdo 12 de 1987, expedido por el Concejo Distrital de Bogotá y todas las normas reglamentarias del mismo en todo aquello que esta ley no modifique o regule.

c) La regla general en comento, ya había sido consagrada en el artículo 33 del Acuerdo 12 de 1987 expedido por el Concejo del Distrito Capital, el cual dispuso que, "pertenecen a la carrera administrativa, la totalidad de los cargos de la administración central del Distrito Especial, el Concejo, la Personería, la Contraloría y la Tesorería, y señaló las excepciones.

d) El Decreto Ley 1421 de 1993, estatuto orgánico de Santafé de Bogotá D.C., en su artículo 126, dispuso:

> Los cargos de las entidades del Distrito son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, período fijo, libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los **demás que determine la ley.** Los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público (subrayas fuera del texto).
>
> **Son aplicables en el Distrito Capital y sus entidades descentralizadas,** las disposiciones de la ley 27 de 1992, en los términos allí previstos y sus disposiciones complementarias.

e) La Sala no entrará a examinar si las normas acusadas quedaron derogadas por la Constitución de 1991 o por el Decreto 1421 de 1993, por ser materia de la sentencia.

De la normatividad antes referenciada, con facilidad se aprecia, que es regla general la de que los empleos son de carrera, salvo las excepciones que expresamente señale la ley, y que la declaración sobre el carácter de libre nombramiento y remoción de un empleo, es tarea del legislador.

En ese orden de ideas, se observa que los empleos definidos como de libre nombramiento y remoción en los actos acusados, no están señalados en las excepciones

previstas en la Constitución ni en la ley, y que el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, D.C., no tiene atribución para definir como de libre nombramiento y remoción los referidos empleos.

En esas condiciones, es procedente la petición de suspensión provisional, pues se advierte sin mayor esfuerzo, la contradicción en que incurren los actos acusados, con las disposiciones de orden legal y constitucional antes citadas.

En mérito de lo expuesto, la Sección Segunda del Consejo de Estado,

RESUELVE:

REVOCASE el auto de 23 de octubre de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto no accedió a decretar la suspensión provisional.

En su lugar, se dispone:

SUSPENDENSE PROVISIONALMENTE los efectos de los Decretos 225 de mayo 16 de 1990 y 174 de marzo 23 de 1991, sobre clasificación de empleados del Distrito.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión realizada el día diecisiete (17) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz* (ausente), *Pedro Charria Angulo,* Conjuez (ausente), *Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPLEO DE CARRERA/ACTO DE RETIRO/SUSPENSION PROVISIONAL–Procedencia/**ACTO ADMINISTRATIVO**–Motivación

Es viable la suspensión provisional, cuando se remueve a un empleado escalafonado en carrera, mediante acto administrativo que carece de motivación, que permite inferir razonablemente que para su expedición se observaron los procedimientos legales.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 8536. Apelación Interlocutorios. Actor: Joaquín Miguel Romero Calle.

Decide la Sala el recurso de apelación, interpuesto por la parte actora, contra el auto de marzo 10 de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

ANTECEDENTES

1) En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, el señor JOAQUIN MIGUEL ROMERO CALLE, actuando en nombre propio, acudió ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, para instaurar demanda contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones "TELECOM".

2) En la demanda solicitó la nulidad de las Resoluciones números 00010000-17236 de 31 de diciembre de 1991 y 000100003956 de mayo 12 de 1992, expedidas por "TELECOM", mediante las cuales impuso al actor sanción disciplinaria de destitución del cargo de Jefe de la Sección de Servicios Generales y lo inhabilitó para el desempeño de cargos públicos, por el término de dos años.

3) En escrito separado de la demanda, solicitó la suspensión provisional de los actos acusados.

4) El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante el auto materia del recurso de apelación, admitió la demanda y negó la suspensión provisional solicitada.

EL AUTO APELADO

El Tribunal no accedió a decretar la suspensión provisional con fundamento en las siguientes razones:

– Según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, para que sea procedente la medida preliminar de suspensión provisional, es indispensable que la violación en que incurre el acto acusado resulte de una simple comparación con la norma de orden superior, invocada como transgredida, sin necesidad de recurrir a complejos razonamientos.

Advirtió el Tribunal que en el presente asunto, no saltaba a la vista, la flagrante transgresión en que incurrían los actos acusados, frente al ordenamiento superior invocado, para deducirla, sería necesario adentrarse en un complejo y detallado estudio de las distintas disposiciones citadas en la demanda, tarea propia de la sentencia.

Citó y transcribió la parte pertinente de la providencia de junio 3 de 1992, en la cual, esta Sala con ponencia de la Magistrada Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, se refirió a la improdecencia de la suspensión provisional, en demandas contra actos de retiro del servicio.

FUNDAMENTO DE LA APELACION

El apelante expone como motivos de inconformidad con la decisión del *a-quo*, en síntesis, los siguientes:

– El Tribunal denegó la medida solicitada, sin precisar las varias situaciones que se plantean en la solicitud de suspensión provisional, solo se limitó a comparar el acto acusado con las normas superiores invocadas como transgredidas.

– Atribuye el apelante la no concordancia del cargo disciplinario imputado, con la norma invocada como transgredida. Genéricamente considerada, no hay violación ostensible, pero no cotejó el Tribunal, el cargo disciplinario, esencia del acto demandado, con los preceptos que tipifican la falta disciplinaria que dio lugar a la destitución.

– Que el cargo imputado, que originó el proceso disciplinario, no se acomoda a la preceptiva de los incisos 4o. y 11 del Decreto 2200 de 1987. Que basta comparar el cargo imputado con los textos legales, para apreciar la discordancia.

– Dice que mediante los actos acusados, se inhabilitó al actor para desempeñar cargos públicos, por el término de dos años, contradiciendo el art. 125 de la C.N., pues a su entender, la inhabilidad debe referirse únicamente para cargos de carrera.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme a lo antes expuesto, se contrae la controversia a precisar, si en tratándose de demandas contra actos de retiro del servicio, en este caso, destitución, procede la medida de suspensión provisional de los actos acusados.

Efectivamente, en oportunidades anteriores, la Sala ha expresado que no es viable la medida de suspensión provisional de los actos de retiro del servicio.

No obstante lo anterior, en providencia de 11 de enero de 1994, dictada en el expediente No. 8252, con ponencia del Magistrado JOAQUIN BARRETO RUIZ, se hicieron algunas precisiones, cuya parte pertinente se transcribe a continuación:

> 1. En oportunidad anterior, esta Sala dijo que no era viable la suspensión provisional de los actos de retiro del servicio (expediente 7302, actor Rómulo Varón Saavedra, 5 octubre 1992, Magistrada Ponente Dra. Clara Forero de Castro).
>
> Hoy la Sala debe precisar dicha jurisprudencia, distinguiendo la suspensión provisional de los actos administrativos de remoción de funcionarios escalafonados en carrera, de los de desvinculación de empleados de libre nombramiento y remoción.
>
> A juicio de la Corporación procede la suspensión provisional, cuando se remueve a un empleado escalafonado en carrera, mediante un acto administrativo que carece de la motivación que permita inferir razonablemente que para su expedición se observaron los procedimientos legales; lo anterior, teniendo en cuenta que la estabilidad del funcionario de carrera se presume, pues tiene su fuente en la Constitución Política, estabilidad que solamente puede ser quebrada por la ocurrencia de cualquiera de las causales de retiro del servicio previstas para esta clase de servidores, debidamente establecida conforme a derecho. Y como la estabilidad del empleado de carrera se presume, debe concluirse que suspendido el acto de remoción, readquiere vigencia el vínculo que tenía con la administración, sin necesidad de la expedición de acto administrativo que así lo disponga; contrario sensu de lo que acontece con la remoción de un funcionario no amparado por estabilidad, evento en el que precisamente por ostentar tal carácter, la mera suspensión provisional del acto administrativo que desvincula al empleado no tiene la virtualidad de incorporarlo nuevamente a su empleo anterior, requiriéndose para ello orden judicial o nueva disposición de la autoridad nominadora.

Según el criterio expuesto en la providencia que se acaba de transcribir **es viable la suspensión provisional, cuando se remueve a un empleado escalafonado en carrera, mediante acto administrativo que carece de motivación, que permite inferir razonablemente que para su expedición se observaron los procedimientos legales.**

En el caso presente se impugnan las Resoluciones 000100001723 de 31 de diciembre de 1991 y 000100003956, expedidas por "TELECOM".

Por la primera, impuso al actor sanción de destitución e inhabilidad por dos años para desempeñar cargos públicos, y por la segunda, al resolver un recurso de reposición, confirmó el acto primeramente mencionado.

En su formalidad, los actos impugnados muestran que son la culminación de un proceso disciplinaro y contienen la expresión de la voluntad administrativa y en ellos no se observa falta de motivación, como para afirmar que en su expedición, no se observaron las ritualidades que según la ley, debe imprimírsele a los asuntos de esta naturaleza.

Además, la inconformidad expuesta en el libelo y en la solicitud de suspensión provisional, no se refiere a la falta de motivación de los actos demandados, sino que a su juicio, el cargo disciplinario, no encaja en los preceptos legales que tipifican las faltas disciplinarias que dieron lugar a la destitución y porque entiende el actor, que la inhabilidad sólo procede para empleos de carrera.

En esas condiciones, no es procedente la medida previa de suspensión provisional.

El análisis de la incoformidad expuesta por el actor, en este caso, es materia de la sentencia, no de la providencia mediante la cual se inicia el proceso.

Por las razones que anteceden, se confirmará el auto suplicado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado,

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto de marzo 10 de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

COPIESE, NOTIFIQUESE y una vez ejecutoriado DEVUELVASE al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión realizada el diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPLEADO DE CARRERA/ESTABILIDAD/DESTITUCION/SUSPENSION PROVISIONAL/PROCESO DISCIPLINARIO–Culminación

Es viable la suspensión provisional, cuando se remueve a un empleado escalafonado en carrera, mediante acto administrativo que carece de motivación, que permite inferir razonablemente que para su expedición se observaron los procedimientos legales. En el *sub-lite*, los actos impugnados, en su formalidad, expresan que son la culminación de un proceso disciplinario, contienen la expresión de la voluntad administrativa, y en ellos no se observa falta de motivación, como para afirmar que en su expedición, no se observaron las ritualidades que según la ley, debe imprimírsele a los asuntos de esta naturaleza.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 8542. Apelación Interlocutorios. Actor: Mary Luz Sora González.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado judicial, por la señora MARY LUZ SORA GONZALEZ, contra el auto de junio 9 de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

ANTECEDENTES

1) En ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el art. 84 del C.C.A., la señora MARY LUZ SORA GONZALEZ, acudió ante el Tribunal Administrativo de Boyacá,

para instaurar demanda, en la que solicitó la nulidad y suspensión provisional de los actos contenidos en las decisiones de 30 de diciembre de 1992 y 4 de marzo de 1993, expedidas por la Personería Municipal, mediante las cuales solicitó al Alcalde Mayor de Tunja, la imposición de la sanción disciplinaria de destitución.

2) El Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante la providencia objeto del recurso de apelación, admitió la demanda y negó la suspensión provisional, en síntesis, con fundamento en las siguientes razones:

a) El primero de los actos acusados, en su art. 1o. resolvió solicitar al Alcalde Mayor de Tunja, la imposición de la sanción disciplinaria de destitución a la actora, por hallarse responsable de la conducta imputada en el pliego de cargos y por el segundo, confirmó la decisión primeramente mencionada.

b) Según la jurisprudencia del Consejo de Estado adoptada desde 1959 y reiterada posteriormente, la medida de suspensión provisional no tiene operancia en los casos de destitución. Para el efecto cita y transcribe la providencia de junio 3 de 1992, dictada por esta Sala, y de la cual fue ponente la magistrada Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

FUNDAMENTO DE LA APELACION

El recurrente expone como motivos de inconformidad con la decisión del Tribunal, las razones que a continuación se resumen:

– El personero de Tunja, mediante los actos acusados, solicitó al señor Alcalde Mayor de la localidad, la imposición de la sanción disciplinaria de destitución a la señora MARY LUZ SORA GONZALEZ.

– Ante la evidente ilegalidad del acto acusado y fundado en el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de 3 de febrero de 1992 y con el ánimo de evitar perjuicios al Municipio, el señor Alcalde Mayor de Tunja, se ha abstenido de darle aplicación a la solicitud de destitución. Por esa razón no impugna resolución o decreto de imposición de la referida sanción disciplinaria, pues no se ha producido.

-- El fundamento del auto apelado, es inobjetable, pero esa no es la situación que se presenta en el presente caso, dado que la remoción de la demandante no se ha producido.

– Dice el apelante que la determinación del personero municipal es a todas luces ilegal, pues el artículo 32 de la Ley 4a. de 1990, atribuye a las Procuradurías provinciales la competencia para conocer en primera instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten contra empleados oficiales del orden municipal, competencia que a la luz del art. 277-6 de la C.N. es exclusiva y preferente.

– Finalmente agrega que la eventual aplicación del acto acusado, privaría a la actora del único ingreso con que cuenta para su subsistencia, causándole perjuicios económicos de consideración.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1) Se contrae la controversia a precisar si en tratándose de demandas contra actos de retiro del servicio, procede la medida de suspensión provisional.

2) Efectivamente en oportunidades anteriores, la Sala venía expresando que no era viable la medida previa de suspensión provisional, en los actos de retiro del servicio.

3) En providencia de enero 11 de 1994, la Sala con ponencia del Magistrado Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ, hizo algunas precisiones, las cuales en lo pertinente se transcriben a continuación:

> 1. En oportunidad anterior, esta Sala dijo que no era viable la suspensión provisional de los actos de retiro del servicio (expediente 7302, actor Rómulo Varón Saavedra, 5 octubre 1992, Magistrada Ponente Dra. Clara Forero de Castro).
>
> Hoy la Sala debe precisar dicha jurisprudencia, distinguiendo la suspensión provisional de los actos administrativos de remoción de funcionarios escalafonados en carrera, de los de desvinculación de empleados de libre nombramiento y remoción.
>
> A juicio de la Corporación procede la suspensión provisional, cuando se remueve a un empleado escalafonado en carrera, mediante un acto administrativo que carece de la motivación que permita inferir razonablemente que para su expedición se observaron los procedimientos legales: lo anterior, teniendo en cuenta que la estabilidad del funcionario de carrera se presume, pues tiene su fuente en la Constitución Política, estabilidad que solamente puede ser quebrada por la ocurrencia de cualquiera de las causales de retiro del servicio previstas para esta clase de servidores, debidamente establecida conforme a derecho. Y como la estabilidad del empleado de carrera se presume, debe concluirse que suspendido el acto de remoción, readquiere vigencia el vínculo que tenía con la administración, sin necesidad de la expedición de acto administrativo que así lo disponga; contrario *sensu* de lo que acontece con la remoción de un funcionario no amparado por estabilidad, evento en el que precisamente por ostentar tal carácter, la mera suspensión provisional del acto administrativo que desvincula al empleado no tiene la virtualidad de incorporarlo nuevamente a su empleo anterior, requiriéndose para ello orden judicial o nueva disposición de la autoridad nominadora.

4) Según el criterio expuesto en la providencia que se acaba de transcribir **es viable la suspensión provisional, cuando se remueve a un empleado escalafonado en carrera, mediante acto administrativo que carece de motivación, que permite inferir razonablemente que para su expedición se observaron los procedimientos legales.**

5) En el *sub-lite*, los actos impugnados, en su formalidad, expresan que son la culminación de un proceso disciplinario, contienen la expresión de la voluntad administrativa, y en ellos no se observa falta de motivación, como para afirmar que en su expedición, no se observaron las ritualidades que según la ley, debe imprimírsele a los asuntos de esta naturaleza.

6) Adicionalmente, observa la Sala que una de las razones que llevan a la actora a impugnar los actos, obedece a la supuesta falta de competencia del funcionario que los expidió, tarea propia de la sentencia, no del acto con el cual se inicia el proceso.

Por esas razones, se confirmará el auto apelado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado,

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto de junio 9 de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y UNA VEZ EJECUTORIADO, DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión del diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

TEORIA DE LOS FINES Y MODALIDADES/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

A la luz de la teoría de los móviles y finalidades la Corporación ha precisado que, como regla general, los actos administrativos de carácter impersonal, general y abstracto sólo son pasibles de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., mientras que los de carácter particular o individual, sólo lo son mediante el mecanismo connatural de índole judicial establecido en la ley para obtener su desaparición de la vida jurídica y los consecuentes pronunciamientos derivados de tal declaración, cual es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., para cuyo ejercicio se requiere que el demandante tenga interés directo en que se le restablezca su derecho o se le repare el daño que se le ha inferido.

SANCION DISCIPLINARIA–Titularidad/ **FUNCION DISCIPLINARIA**–Titularidad/**QUERELLANTE**–Facultades/ **LEGITIMACION POR ACTIVA**–Inexistencia/**CONTROL DISCIPLINARIO**

La persona que pone en conocimiento el hecho que debe ser investigado no es considerada como parte en el procedimiento administrativo, menos aún puede considerársele legitimada para demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa la resolución que decide la averiguación disciplinaria. El querellante tiene el derecho, e incluso el deber, de poner en conocimiento de las autoridades competentes la conducta de los empleados que en su criterio constituyen falta disciplinaria, pero ese derecho llega hasta poner en movimiento la función disciplinaria, sin que tenga titularidad para exigir una sanción efectiva, como lo pretende el actor cuando solicita en su libelo que "se reconozcan y declaren los efectos de la ley de la resolución 233 de diciembre 6 de

1990" que había sancionado al funcionario contra el cual formuló la queja. Solamente está legitimado quien tiene el derecho que reclama y, no puede admitirse en el caso *sub-lite,* que el acto como denunciante de los hechos investigados tenga derecho a que el Alcalde Municipal de Soacha sea sancionado. Lo anterior no quiere decir que las decisiones de exonerar a los funcionarios investigados de responsabilidad disciplinaria, queden por fuera de todo control jurídico; pues los funcionarios que ejercen esta función también se encuentran sujetos al control disciplinario e incluso pueden ser responsables de sus actos ante la justicia penal. La falta de legitimación, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en posición que esta Sala comparte, es motivo para que se desestimen las pretensiones del demandante porque el fenómeno no hace referencia a la formación del proceso sino al fondo del asunto.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 5831. Autoridades Nacionales. Actor: Oscar Rodríguez Ortiz.

Oscar Rodríguez Ortíz, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita ante esta Corporación la declaración de nulidad de la resolución No. 061 del 15 de marzo de 1991 dictada por la Procuraduría Tercera Delegada para la Vigilancia Administrativa, mediante la cual se revocó la resolución No. 233 del 6 de diciembre de 1990 expedida por la Procuradora Departamental de Cundinamarca, por la cual se sancionó con solicitud de destitución al doctor Fernando Ramírez Vásquez en su condición de Alcalde del Municipio de Soacha y, en su lugar, se decidió absolverlo.

Como consecuencia de la anterior declaración se pide en el libelo se extingan los efectos de la resolución No. 061 de 1991 y se reconozcan y declaren los efectos de ley de la resolución No. 233 de 1990; que se comunique y se ejecute la decisión acorde con lo dispuesto para estos casos por el artículo 176 y demás normas concordantes del C.CA. (folio 82 cdno. ppal.).

Como hechos en los cuales se fundamentan las pretensiones de la demanda se afirma que por queja escrita, el 5 de marzo de 1990 se denunció indebida intervención en política de Fernando Ramírez Vásquez, Alcalde de Soacha, adjuntando dos cassetes como prueba de tal intervención y parcialidad política, una transmisión fiel de su intervención y fotografías documentales del hecho; que el asunto fue repartido a un abogado visitador de la Procuraduría Departamental de Cundinamarca, en cuyo poder

y bajo su responsabilidad se perdió el expediente con las pruebas mencionadas; que por auto del 12 de marzo de 1990 esa dependencia ordenó la reconstrucción del diligenciamiento extraviado, solicitando para el efecto la ayuda de los quejosos; que por auto del 4 de abril del mismo año y con base en las diligencias de reconstrucción, se declaró abierta formalmente averiguación disciplinaria contra Fernando Ramírez Vásquez. por presuntas irregularidades en el ejercicio de sus funciones relacionadas con indebida participación en política partidista; que por medio del oficio No. 0722 del 4 de abril de 1990 se le formuló pliego de cargos al inculpado, quien rindió sus descargos el 2 de mayo de este año; que mediante la resolución No. 233 del 6 de diciembre de 1990 la Procuradora Departamental de Cundinamarca resolvió sancionar al señor Ramírez V. con solicitud de destitución; que apelada esta resolución fue revocada por el acto enjuiciado, absolviéndolo de todo cargo, el cual a todas luces se profirió en forma ilegal e irregular, infringiendo las disposiciones en que debió sostenerse y acudiendo a una falsa motivación.

Como normas violadas se invocan los artículos 20, 26, 51, 62 y 143 de la Carta de 1886; 133 numeral 6, 134, 175, 177, 179, 183 inciso 2o., 187, 195, 200, 202, 213, 217, 218, 248, 249, 250, 251 inciso primero, 252, 253, 255, 258, 268 numeral tercero, 275, 276, 277 numeral 1, 279, 289, 290 y 291 del Código de Procedimiento Civil; 84, 34, 57 inciso primero, 59 reformado por el artículo 6 del decreto 2304 de 1989; artículo 10 del Decreto 2400 de 1968; artículos 8, 10, 11, 13 inciso segundo, 20 y 29 del Decreto 34-4 de 1983 (folio 84 *ibídem*).

En el desarrollo del concepto de la violación se expresa que habiendo sido probada en este asunto la intervención partidista de Ramírez Vásquez en su condición de Alcalde de Soacha a través del proceso disciplinario con testimonios y documentos, éstos fueron desconocidos por la Procuradora Delegada para la Vigilancia Administrativa en la resolución impugnada; que ésta no observó la plenitud de las formas propias del proceso disciplinario; que en vez de cumplirse con la vigilancia de la conducta oficial a cargo del Ministerio Público lo que se ha hecho con el acto acusado es cohonestar conductas prohibidas por la ley; que en caso *sub-lite* se desconoció la validez y eficacia probatoria de las declaraciones de Oscar Rodríguez y de Pablo Esguerra en el "detenido estudio de las pruebas" hecho por la Procuradora Delegada, reconocido suficientemente en el acto revocado; que la resolución acusada no tuvo en cuenta en su motivación que se adjuntaron dos cassetes, una transcripción fiel y unas fotografías; que en lo que corresponde a los primeros fueron reconstruidos por pérdida en testimonios de Pablo Esguerra, quien grabó y fue testigo presencial de los hechos, y de Oscar Rodríguez. quien transcribió al papel la grabación; que de esta manera la resolución No. 061 de 1991 no aceptó lo probado ni los medios de prueba aportados de "cualquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del Juez" como lo determina nuestra normatividad procedimental; que sin mayor esfuerzo se establece que el acto enjuiciado en su motivacion es solo un resumen y una descripción de la apelación de Ramírez Vásquez, ya que solo transcribe lo que no tiene asidero probatorio

en el expediente; que no obstante que nuestra legislación exige probar y no simplemente alegar, la Procuradora Delegada en su resolución solo admitió esto último: que Ramírez Vasquez nunca probó lo contrario a lo expresado en el diario El Espacio, pues lo allí plasmado demuestra su parcialidad; que el acto impugnado no podía absolver a quien ya se la había probado su indebida participación en política, basándose en una motivación que no corresponde al acervo probatorio allegado; que las pruebas en la reconstrucción fueron solicitadas, practicadas e incorporadas legalmente, pero en últimas no fueron tenidas en cuenta; que así las cosas, el valor probatorio de las fotografías fue nulo en el acto atacado, que son el resultado de una actividad humana, las cuales cumplieron con los requisitos de validez, demostraban sin lugar a dudas como prueba plena la actividad política del Alcalde de Soacha; que tampoco se consideraron como indicios la pérdida del expediente con las pruebas, el informe de la doctoraRosalía Salcedo Cuesta, la transcripción, las fotografías, las declaraciones de Pablo Esguerra, Luis Lara, Miguel Caldas, Oscar Rodríguez, las denuncias de movimientos políticos y comunidades y las declaraciones abiertas de Ramírez Vásquez en el diario El Espacio opinando políticamente; que no fueron estimados de conformidad con las reglas de la sana crítica, los documentos privados allegados como pruebas; que en la motivación del acto acusado en nada se consideró las denuncias de los grupos políticos afectados en Soacha que elevaron sus quejas por intervención en política, no obstante haberse acumulado por disposición de la misma Procuraduría Departamental; que mientras de un lado aparecían pruebas conducentes que solo dejaban ver la intervención en política de Ramírez Vasquez, la resolución enjuiciada acogió las declaraciones solicitadas por Ramírez Vásquez en su motivación de manera irregular, dándose la falta de correspondencia entre la realidad probada legalmente y lo allí plasmado; que la prueba es el resultado de los múltiples elementos probatorios reunidos en el proceso, tomados como una "masa de pruebas"; que la Procuradora Delegada no acudió para resolver su supuesta duda a los otros medios de prueba que obran en el expediente, y menos tuvo en cuenta que a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a lo que invoca, que no basta negar las denuncias de que se es objeto, pues cada parte soporta en cualquier proceso el riesgo de la falta de la prueba, el cual se traduce en una decisión desfavorable (folios 84 a 104 *ibídem*).

En el escrito introductorio se pidió la suspensión provisional de la resolución acusada (fls. 105 a 112 ibídem), la cual fue negada mediante auto de 25 de junio de 1991 (fl. 120*ibídem*), decisión que luego de ser recurrida por la parte actora (fls. 122 a 122A *ibídem*), vino a ser confirmada por auto del 1o. de agosto de 1991 (fl. 126 ib.).

Los apoderados de la Nación y del señor Fernando Ramírez Vásquez (fl. 172 *ibídem*) al contestar el escrito demandatorio solicitan se denieguen las pretensiones del libelo (fls. 149 a 158 y 163 a 171 *ibídem*).

Procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La resolución impugnada No. 061 del 15 de marzo de 1991 proferida por la Prncuraduría Tercera Delegada para la Vigilancia Administrativa, en consecuencia de un proceso disciplinario adelantado al señor Fernando Ramírez Váquez en su condición de Alcalde del Municipio de Soacha, con motivo de la queja formulada contra este funcionario público por intervención en política por el demandante y el señor José Ernesto Martínez Tarquino (folios 88, 89 y 90 cdno. No. 1):

El actor dice ejercer la acción de nulidad que implica el interés de tutelar el orden jurídico y defender la legalidad abstracta vulnerada con el acto administrativo acusado.

Frente a lo anterior es preciso recordar que a la luz de la teoría do los móviles y finalidades la Corporación ha precisado que, como regla general, los actos administrativos de carácter impersonal, general y abstracto solo son pasibles de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., mientras que los de carácter particular o individual, solo lo son mediante el mecanismo connatural de índole judicial establecido en la ley para obtener su desaparición de la vida jurídica y los consecuentes pronunciamientos derivados de tal declaración, cual es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., para cuyo ejercicio se requiere que el demandante tenga interés directo en que se le restablezca su derecho o se le repare el daño que se le ha inferido.

De ahí, que siendo el acto demandado en el caso *sub-júdice* de naturaleza individual y concreta, como que revocó la decisión mediante la cual se había sancionado a un funcionario, la Sala, ante la ausencia de razonamientos del actor orientados a sustentar la procedencia de la acción do nulidad y haciendo uso de la facultad de interpretar la demanda, habrá de considerar que ha sido la acción de nulidad y restablecimlento del derecho la instaurada y, por ello, procederá a determinar si el actor tiene jurídicamente el interés que lo habilitaba para incoar esta acción.

La ley 25 de 1974 y el Decreto Reglamentario 3404 de 1983, que regulan el régimen disciplinarlo aplicable por los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, no determinan que quien ponga en conocimiento un hecho que pudiere originar proceso disciplinario constituye parte en el mismo.

El artículo 15 de la referida ley solo señala sobre el tópico, que cuando la averiguación disciplinaria se inicie en virtud de queja, el funcionario encargado de realizarla ordenará su ratificación bajo juramento, pero si por cualquier circunstancia no pudiere obtenerse, se adelantará sin dicho requisito cuando así lo aconsejen la gravedad o la índole de los hechos denunciados.

De tal forma que si la persona que pone en conocimiento el hecho que debe ser investigado no es considerada como parte en el procedimiento administrativo, menos

aún puede considerársele legitimada para demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa la resolución que decide la averiguación disciplinaria.

El querellante tiene el derecho, e incluso el deber, de poner en conocimiento de las autoridades competentes la conducta de los empleados que en su criterio constituyen falta disciplinaria, pero ese derecho llega hasta poner en movimiento la función disciplinaria, sin que tenga titularidad para exigir una sanción efectiva, como lo pretende el actor cuando solicita en su libelo que "se reconozcan y declaren los efectos de ley de la Resolución 233 de diciembre 6 de 1990" (folio 82), que había sancionado al funcionario contra el cual formuló la queja.

Solamente está legitimado quien tiene el derecho que reclama y, no puede admitirse en el caso *sub-lite*, que el denunciante de los hechos investigados, tenga derecho a que el Alcalde Municipal de Soacha sea sancionado.

Lo anterior no quiere decir que las decisiones de exonerar a los funcionarios investigados de responsabilidad disciplinaria, queden por fuera de todo control jurídico; pues los funcionarios que ejercen esta función también se encuentran sujetos al control disciplinario e incluso pueden ser responsables de sus actos ante la justicia penal.

La falta de legitimación, como lo ha dicho la Corte Suprema de Jucticia en posición que esta Sala comparte, es motivo para que se desestimen las pretensiones del demandante porque el fenómeno no hace referencia a la formación del proceso sino al fondo del asunto.

Así las cosas, establecido que el demandante no estaba legitimado para demandar la Resolución No. 061 de 1991, la Sala habrá de denegar 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:

Niéganse las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por el señor Oscar Rodríguez Ortíz en orden a obtener la nulidad de la Resolución No. 061 del 15 de marzo de 1991, proferida por la Procuradora Tercera Delegada para la Vigilancia Administrativa, y que como consecuencia de tal nulidad "se reconozcan y declaren los efectos de ley de la Resolución 233 de diciembre 6 de 1990".

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y UNA VEZ EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

El anterior proyecto fue discutido y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 10 de marzo de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

REVOCATORIA DIRECTA–Consentimiento/**REVOCATORIA DIRECTA**–Causales/**MEDIOS ILEGALES**

El inciso 1o. del artículo 73 del C.C.A. tiene como propósito garantizar la protección de los derechos individuales y la firmeza de aquellas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, para que no puedan ser revocados de manera unilateral por la administración. Sin embargo, es preciso no olvidar que los derechos individuales según la Carta, merecen protección siempre y cuando hubiesen sido adquiridos de conformidad con las leyes, en otros términos, con justo título; y que el interés público prima sobre el particular, es decir, sólo los derechos adquiridos con arreglo a las leyes merecen protección. Así las cosas, si para obtener la expedición de un acto que reconoce un derecho individual se ha hecho uso de medios ilegales, el derecho no es digno de protección y en este evento opera el precepto contenido en el artículo 69 del C.C.A. Tal interpretación está acorde con los principios constitucionales y de otra parte constituye una especie de sanción para quienes recurren a medios ilegales para obtener derechos.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Carlos A. Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 4763. Autoridades Nacionales. Actor: Beatriz López Ramos y otro.

Beatriz López Ramos y Moisés María Villalobos Romero, mediante apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandan la declaración

de nulidad del artículo segundo de la resolución No. 059 del 2 de mayo de 1989 expedida por la Directora del Centro Experimental Piloto del Atlántico, "Por la cual se revoca parcialmente la Resolución No. 097 del 19 de mayo de 1986 y la Resolución No. 124 del 18 de junio de 1986" (folios 64 y 65).

Agotado el trámite del proceso y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a proferir sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En la demanda, la parte actora señala como disposición infringida con el acto administrativo impugnado el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, puesto que la Directora del Centro Experimental Piloto del Atlántico para proceder a la revocatoria del acto no obtuvo el consentimiento expreso y por escrito de los interesados; que en la parte motiva del acto enjuiciado se hizo un planteamiento incoherente sobre las razones que tuvo aquella funcionaria para revocar la aprobación que se había impartido a los cursos de técnica de grupo que los demandantes llevaron a cabo entre el 6 de marzo al 13 de abril de 1989; que no se señala de manera clara, concreta y singularizada los posibles hechos que originaron la irregularidad; que debe entenderse acorde con el artículo 24 del Decreto 2762 de 1980, que establece los requisitos necesarios para poderse hacer acreedor a los cursos de capacitación, que tales requisitos son las condiciones que el docente o educador debe acreditar para que el Centro Experimental Piloto apruebe los cursos de actualización que realice; que en el caso *sub-judice* resulta incuestionable que los actores se inscribieran en dicho centro del Atlántico el 19 de febrero de 1986 para adelantar el curso de técnica de grupo a desarrollarse entre el 3 y el 18 de abril de 1986, asistiendo en forma permanente a las clases programadas y obteniendo las correspondientes notas; que por ende, no es cierto que los demandantes hayan sido involucrados irregularmente en el acto por el cual se aprobó e curso de técnica de grupo efectuados en el Centro Experimental Piloto del Atlántico del 6 al 18 de abril de 1986 (folios 17 y 18).

Solicitó además, la parte actora, la suspensión provisional del artículo enjuiciado de la Resolución No. 059 de 1989 con los argumentos que se leen a folios 21 y 22 del expediente, la cual fue negada mediante auto del 23 de marzo de 1990 (folios 23 a 27).

En la citada providencia se sostuvo:

> "... Habría que observar que el error de incluir en una lista de personas que participaron en un concurso a quienes no concurrieron al mismo, no crea de suyo derechos a estos últimos ni propiamente la exclusión posterior les causaría los perjuicios alegados. El derecho de ascender en el Escalafón Docente se deriva necesariamente en casos como este del hecho de haber aprobado cursos de capacitación. Si el interesado no asistió al curso, no puede alegar derecho alguno derivado del mismo" (folio 27).

Los apoderados de la Nación (Ministerio de Educación Nacional) y del Centro Experimental Piloto del Atlántico, se oponen a las pretensiones del escrito demandatorio, pues consideran que al haber sido expedido el acto administrativo acusado de manera ilegal, sí era viable la revocatoria directa de dicho acto, sin que fuera necesario en el caso *sub-lite* el consentimiento expreso y escrito de los demandantes (folios 100, 101, 102, 112 y 113).

La Fiscalía Quinta del Consejo de Estado en su concepto considera que deben denegarse las súplicas de la demanda, toda vez que la revocatoria directa en este asunto era dable y legal, por estar expresamente permitida en la ley, sin que fuera necesario que mediara el consentimiento expreso y escrito de los titulares, ya que éstos no habían adquirido ningún derecho a su favor, teniendo en cuenta los medos ilegales en que lograron la aprobación del curso de capacitación (folios 211 a 214).

Ahora bien, como es de conocimiento, el C.C.A. regula la figura de la revocatoria directa de los actos administrativos, con la prohibición para la administración de hacer uso de ella cuando dichos actos hubieren creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido en derecho de igual categoría, salvo que se cuenta con el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho.

No obstante lo anterior, el inciso 2o. del artículo 73 del citado código estableció excepciones a dicho principio que no estaban consagradas antes en el Decreto No. 2733 de 1959, cuando se trate de actos que resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

El inciso 1o. del artículo 73 del C.C.A. tiene como propósito garantizar la protección de los derechos individuales y la firmeza de aquellas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, para que no puedan ser revocados de manera unilateral por la administración.

Sin embargo, es preciso no olvidar que los derechos individuales según la Carta, merecen protección siempre y cuando hubiesen sido adquiridos de conformidad con las leyes, en otros términos, con justo título; y que el interés público prima sobre el particular; es decir, sólo los derechos adquiridos con arreglo a las leyes merecen protección.

Así las cosas, si para obtener la expedición de un acto que reconoce un derecho individual se ha hecho uso de medios ilegales, el derecho no es digno de protección y en este evento opera el precepto contenido en el artículo 69 de C.C.A.

Tal interpretación está acorde con los principios constitucionales y de otra parte constituye una especie de sanción para quienes recurren a medios ilegales para obtener derechos.

Acorde con lo dicho, la Sala considera que en el caso *sub-judice* las pretensiones del escrito demandatorio no están llamadas a prosperar, pues como lo analiza acertadamente la agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo, la revocatoria directa hecha por el acto impugnado era jurídicamente viable en este asunto y sin que para el efecto se necesitara el consentimiento expreso y escrito de sus titulares, toda vez que no habían adquirido ningún derecho a su favor en virtud de los medios ilegales en que obtuvieron la aprobación del curso de capacitación.

La Corporación al volver a revisar la providencia del 23 de marzo de 1990 en sus alcances jurídicos y frente a los hechos sucedidos en el caso *sub-exámine,* encuentra que ella está conforme a derecho, identificándose por ende la Sala con los planteamientos formulados sobre el tópico por la doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado.

En efecto, de conformidad con el acervo probatorio allegado al proceso se tiene que el señor Moisés María Villalobos no asistió al curso de capacitación organizado por el Centro Experimental Piloto del Atlántico en el municipio de Barranquilla, con validez para inscripción o ascenso en el escalafón nacional docente, y que la señora Beatriz López Ramos no cumplió la intensidad horaria requerida para la aprobación del citado curso, a que hace referencia la Resolución No. 097 de mayo 19 de 1986 (folios 61 a 63).

Así las cosas, no era dable que la administración reconociera a los demandantes su participacion y aprobación en el mencionado curso, a través de dicho acto administartivo, que fuera parcialmente revocado por la resolución impugnada, y del cual pudieran derivarse beneficios de índole laboral para los mencionados docentes, sin tener derecho a ello, por las razones anotadas.

La parte actora ha debido demostrar dentro del presente proceso que las razones aducidas por la administración para dictar el acto acusado no se ajustaba a la realidad, es decir, probar los demandantes que sí asistieron al curso de capacitación, para desvirtuar la presunción de legalidad que ampara la resolución enjuiciada.

Concluye la Corporación, pues, que la resolución No. 059 del 2 de mayo de 1989 dictada por la Directora del Centro Experimental Piloto del Atlántico, mediante la cual se decidió revocar parcialmente las Resoluciones Nos. 097 de 1986 y 124 de 1986, en el sentido de retirar del listado de los docentes (López Ramos Beatriz y Villalobos Romero Moisés María), porque no reunieron los requisitos legales para el efecto, no infringe las disposiciones invocadas por la parte actora en el libelo.

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

FALLA:

Deniéganse las peticiones de la demanda presentada por Beatriz López Ramos y Moisés María Villalobos Romero en el proceso incoado en orden a obtener la nulidad del artículo segundo de la Resolución No. 059 del 2 de mayo de 1989 proferida por la Directora del Centro Experimental Piloto del Atlántico.

Cópiese, notifíquese y comuníquese.

Archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barrero Ruiz* (Ausente), *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna* (Ausente), *Diego Younes Moreno, Carlos A. Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PENSION DE JUBILACION/SALARIO–Incompatibilidades/**PROFESIONAL UNIVERSITARIO/DOBLE ASIGNACION/MEDICO**–Horario de Trabajo/**ISS**

No obstante ser cierto que el ejercicio simultáneo de dos cargos está autorizado por el Decreto 1713 de 1960 en los supuestos allí previstos, no existe disposición que prevea la compatibilidad de sueldo y pensión sino en los pocos casos excepcionales expresamente señalados. Del artículo 23 literal b) del Decreto 1651 de 1977 se infiere que no se consagra compatibilidad entre sueldo y pensión para los médicos vinculados al ISS: como tampoco se determina de los prescritos en el literal b) del artículo 32 del Decreto Ley 1042 de 1978, según el cual se exceptúan de la prohibición de recibir más de una asignación de Tesoro Público, aquéllas que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal de trabajo permita el ejercicio regular de los empleos y que el valor conjunto de lo pecibido en uno y otro no exceda la remuneración total de los Ministros de Despacho.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Carlos A. Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 6821. Autoridades Nacionales. Actor: Jaime Londoño Angel.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor contra la sentencia del 7 de febrero de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

LA DEMANDA:

El demandante solicitó al Tribunal se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 1675 del 16 de junio de 1987 y 1070 del 28 de abril del mismo año dictadas por la Gerencia Seccional de Antioquia del Instituto de Seguros Sociales –ISS–, mediante las cuales se le negó la petición de reconocimiento de pensión de jubilación.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que el ISS le reconozca la pensión de jubilación reclamada, en la forma y cuantía que le corresponde, acorde con la vinculación que tuvo con dicho organismo, y a partir de la fecha de su desvinculación; que como pretensión subsidiaria se plantea el reconocimiento de esa prestación por el ISS quedando autorizado para deducir del monto mensual de la misma, el valor que mensualmente esté pagando al actor el municipio de Medellín por concepto de jubilación, sin que se le prive del *status* de jubilado de esta última entidad territorial (folio 13).

POSICION DE LA DEMANDADA:

El ISS se hizo parte, contestó la demanda y se opuso a sus pretensiones (folio 39).

LA SENTENCIA:

El *a-quo* en el fallo apelado declaró nulas las resoluciones acusadas y como consecuencia de ello ordenó al ISS otorgar al actor la pensión de jubilación desde el 27 de noviembre de 1986, fecha de su desvinculación, en los términos de lo establecido en el artículo 19 del Decreto No. 1653 de 1977 (folios 84 y 85).

Manifestó el Tribunal que la vinculación simultánea del actor por lo menos durante un tiempo al Municipio de Medellín y al ISS se fundamentó en la excepción a una regla general de no poder recibir el erario público más de una remuneración, el Decreto 1713 de 1960; gestándose asì una situación atípica, cuyos resultados prestacionales se salen también por tal circunstancia de lo común; que por cuanto el demandante llenó en épocas alejadas los requisitos de edad con el referido municipio que lo jubiló con 50 años de edad y el ISS que le exigia 55 y que lo distanciaban por supuesto en el tiempo, ese hecho no podía perjudicar laboralmente al actor, pues se quebrantaban principios de jsuticia y equidad, exigiéndose hipotéticamente una desvinculación simultánea para poder obtener los beneficios de acumulación de salarios que en el caso específico del demandante no podía existir, ya que su retiro de la última entidad se efectuó doce años después; que esta prestación buscada encaja dentro del régimen especial consagrado en el artículo 19 del Decreto No. 1653 de 1977; que habiendo entonces trabajado el actor para el Estado durante 8 horas diarias en jornadas medias, mal podía que mecanismos legales impusieran que como desenlace final su jubilación ignorara esa circunstancia y finalmente olvidando la realidad, se auspiciara que solo fue un empleado de medio tiempo y con el salario correspondiente a éste; que los planteamientos de

ilegalidad que motivaron los actos acusados no son de recibo, porque si así fuera también podían haber servido como argumentos para rehusar la remuneración y cesantías al actor; que el reintegro que se ordenó a favor de éste saneó y alejó todo conflicto sobre este tópico, esto es, de la legalidad o no de su relación laboral; que de otra parte, es dable valorar otro aspecto consistente en que el demandante recibió del ISS pensión de vejez a partir del mes de septiembre de 1987, configurándose así una posible excepción de pago que oficiosamente deberá resolverse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 del C.C.A.; que es una gran verdad que resulta incompatible la pensión que se está ordenando reconocer al ISS y la de vejez que ya obtuvo el accionante desde el año de 1987; que esta incompatibilidad de que un servidor público no pueda acumular a su favor la pensión de jubilación con la de vejez ha sido una constante dentro de la jurisdicción contencioso administrativa; que si lo anterior no fuera suficiente, el Acuerdo No. 049 de 1990 aprobado por Decreto No. 0758 del mismo año, no puede ser más enfático al respecto en su artículo 49, lo cual consulta en su interpretación la prohibición de recibir del tesoro público una doble asignación por el mismo concepto, máxime cuando ya no se discute el carácter oficial del ISS; que de otro lado, la parte final del artículo 19 del Decreto No. 1653 de 1977 corrobora lo expresado (folios 77 a 84).

EL RECURSO:

En el escrito de sustentación del recurso el demandante afirma que los reglamentos del ISS admitieron desde el año de 1966 la afiliación de empleados públicos cuando no estén excluidos por disposición legal expresa, artículo 1o., literal b, Decreto 3041 de 1966; que por ende, no fue un error que el actor estuviera afiliado al ISS; que este organismo siempre tuvo desde dicho año la doble calidad frente a sus empleados de patrono y entidad aseguradora; que en virtud de esas calidades aplicó las normas del régimen de transición y otorgó pensiones de jubilación que más tarde fueron compartidas con las de vejez si se daban los presupuestos de los artículos 60 y 61 del mencionado decreto; que de otro lado, antes del Acuerdo No. 049 de 1990, al que alude la sentencia, estaba vigente el Decreto-Ley 0433 de 1971, por lo que no es dable aplicar una disposición posterior a la situación pensional del actor, cuyo derecho a la jubilación ya se había causado con antelación; que con base en las consideraciones anteriores el Consejo de Estado debe acoger la pretensión principal del libelo de demanda en los términos allí expuestos.

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar en el caso *sub-júdice* la legalidad de los actos administrativos proferidos por la Gerencia Seccional de Antioquia del ISS, mediante los cuales se negó al actor su solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación.

Consta en los citados actos administrativos que la negativa de la administración para reconocer dicha prestación obedeció a la circunstancia de que el señor Jaime Londoño Angel se encontraba disfrutando de pensión de jubilación por el Municipio de Medellín desde el año de 1974, quien desempeñó en esta entidad territorial el empleo de odontólogo de medio tiempo en la Sección de Odontología Sanitaria de la División de Salud de la Secretaría de Salud Pública y Bienestar Social (folios 59 y 61).

El demandante para cuando fue jubilado por el Municipio de Medellín llevaba laborando con el ISS once años, por haber ingresado a este organismo el 1o. de agosto de 1963, y no obstante habérsele reconocido tal prestación, continuó vinculado a ese instituto descentralizado percibiendo, por consiguiente, la correspondiente remuneración mensual y a la vez el valor de la respectiva mesada pensional (folio 20).

La decisión del ISS se fundamentó en los artículos 64 de la Carta de 1886; 4 de la Ley 151 de 1959; 77 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969: 32 del Decreto 1653 de 1977 y demás normas concordantes y complementarias que establecen la incompatibilidad de percibir más de una asignación que provenga del tesoro público, cualquiera sea la denominación que se adopte para el pago (folio 24).

Ahora bien, como es de conocimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 184 del C.C.A., las sentencias dictadas en primera instancia que impongan una obligación a cargo de cualquier entidad pública, deberán consultarse con el superior, cuando no fueren apeladas por la administración. Y como en el caso *sub-exámine* el recurso de apelación fue interpuesto por la parte actora y no por el ISS, la Sala al desatar el citado recurso tiene competencia para revisar todos los aspectos jurídicos objeto de la controversia planteada dentro del proceso, sin que deba limitarse exclusivamente para el efecto a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente frente a la sentencia apelada del *a-quo* del 7 de febrero de 1992.

En recientes providencias de la Corporación, relacionadas con el retiro del servicio de funcionarios del ISS por estar disfrutando de pensión de jubilación a cargo de entidades territoriales, la Sala ha manifestado reiteradamente que no obstante ser cierto que el ejercicio simultáneo de dos cargos está autorizado por el Decreto 1713 de 1960 en los supuestos allí previstos, no existe disposición que prevea la compatibilidad de sueldo y pensión sino en los pocos casos excepcionales expresamente señalados. Si es por vía de excepción, no hay posibilidad de extenderla por analogía a otros casos (sentencia del 13 de diciembre de 1990, Expediente No. 3438, actor: Martín Pineda Vásquez, Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniégas Baedecker; 21 de agosto de 1991, Expediente No. 705, actor: David Monroy Quintana, Consejera Ponente: Doctora Dolly Pedraza de Arenas; 2 de julio de 1992, Expediente No. 3953, actor: Jorge Hernando Martínez, Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniégas Baedecker).

En la primera de las sentencias aludidas se sostuvo:

"Al contrario, son varias las disposiciones legales que vedan tal posibilidad. A algunas de ellas hace referencia expresa el acto enjuiciado.

Desde otro punto de vista, hay que tener en cuenta que la pensión de jubilación no es una prestación que pueda considerarse divisible en partes o pensiones parciales, para que, no siendo **plena,** se la pueda hacer compatible con otra asignación por servicios que con dedicación parcial se presten a la administración.

Tiene ella, en cambio, su propia entidad o individualidad que, si bien es proporcional a la remuneración del último año de servicios, como lo es el salario a la intensidad de dedicación al servicio, no admite una escisión en su esencia: constituirá siempre un todo sin consideración al *quantum* de la remuneración en que se apoya o al horario de dedicación al servicio.

Ahora bien, de la posibilidad de desempeñar dos cargos simultáneos en las condiciones precisadas en el Decreto 1713 de 1960, no se puede deducir la posibilidad de sueldo y pensión tomando la misma base, pues tal deducción carece de apoyo en norma legal, frente a la expresa prohibición del artículo 64 de la Carta y de las varias disposiciones que excluyen tal eventualidad".

Acorde con el criterio jurisprudencial contenido en dichas providencias, se infiere que el actor luego de que le fuera reconocida la pensión de jubilación por el Municipio de Medellín en el año de 1974, estaba impedido para continuar prestando sus servicios al ISS como funcionario de Seguridad Social y, por ende, para devengar la correspondiente remuneración, razón por la cual, en consecuencia, tampoco era viable jurídicamente que ante la situación irregular en que se encontraba el actor, el referido instituto descentralizado le reconociera luego otra prestación de tal naturaleza, pues no existe en casos como el de autos, compatibilidad legal entre el disfrute de las dos pensiones de jubilación, como sucede entre pensión y sueldo, en las condiciones anotadas.

Obsérvese que en la Resolución No. 421 del 22 de agosto de 1974 expedida por el Jefe del Departamento de Personal del Municipio de Medellín y aprobada por el Alcalde Municipal (folios 62 a 65) se determina en el numeral 3o. de la parte resolutiva que "En los términos del Decreto Nacional No. 1713 de 1960, artículo 1o., y de la Ley 1a. de 1963, artículo 6o., el pago de la pensión ES INCOMPATIBLE con cualquier renta o sueldo proveniente del Tesoro Público" (folio 64).

El artículo 64 de la Constitución Política anterior, aplicable en este asunto, para cuando fueron proferidos los actos impugnados, señala que nadie puede 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.

Tales casos especiales a que hace referencia dicho precepto constitucional, deben estar regulados de manera expresa en las disposiciones legales pertinentes que regulan

la materia, para que las personas puedan quedar excluidas de la prohibición allí consagrada de percibir doble asignación del Tesoro Público, pues las excepciones a la regla general indicada en el artículo 64 de la Carta de 1886 son de aplicación restrictiva.

El artículo 23, literal b, del Decreto 1651 de 1977, contentivo de las normas de administración de personal del ISS, establece como uno de los derechos de los funcionarios de seguridad social, el de recibir asignaciones del Tesoro Público por servicios profesionales prestados hasta por dos cargos públicos, siempre y cuando los respectivos horarios lo permitan y con arreglo a lo dispuesto en dicho decreto, texto normativo del cual se infiere que no se consagra compatibilidad entre sueldo y pensión para los médicos vinculados a ese instituto descentralizado; como tampoco se determina de lo prescrito en el literal b) del artículo 32 del Decreto-Ley 1042 de 1978, según el cual se exceptúan de la prohibición de recibir más de una asignación del Tesoro Público, aquellas que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal de trabajo permita el ejercicio regular de los empleos y que el valor conjunto de lo percibido en uno y otro no exceda la remuneración total de los Ministros del Despacho.

En síntesis, al haberse reconocido al demandante pensión de jubilación por el Municipio de Medellín, no era dable que continuara dentro del servicio público, pues en la situación jurídica analizada, a los Médicos del ISS, no se les ha concedido el beneficio de la compatibilidad entre pensión y sueldo, por lo que mal podría pretenderse que en virtud de la situación irregular en que se encontraba prestando sus servicios a ese organismo el actor, dicho instituto se viera obligado a reconocerle otra pensión de jubilación; además el demandante no desempeñaba uno de los cargos que la ley permite ocupar a los pensionados.

Otra cosa es que el actor hubiese procurado pensionarse con el más alto de los salarios devengados en los cargos cuyo horario era compatible, en su momento; o de igual manera, obtener un reajuste pensional, sobre la base de un salario más alto. Pero en ningún caso, podría devengar simultáneamente pensión y sueldo, o dos pensiones.

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 febrero de 1992 por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el proceso instaurado por el señor Jaime Londoño Angel en orden a obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 1675 del 16 de junio de 1987 y 1070 del 28 de abril del mismo año expedidas por la Gerencia Seccional de Antioquia del Instituto de Seguros Sociales –ISS–, mediante las cuales se negó la petición de reconocimiento de pensió de jubilación.

En su lugar se dispone:

2) Niéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO.

La anterior providencia fue estudiada por la Sala en sesión celebrada el día diecisiete (17) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Diego Younes Moreno, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz* (salvó el Voto), *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

FUNCIONARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL/DOBLE ASIGNACION/ PROFESIONAL UNIVERSITARIO/PENSION DE JUBILACION/SALARIO–Compatibilidad/**EJERCICIO LEGITIMO DE CARGO/PRESTACIONES SOCIALES**–Reconocimiento–(Salvamento de Voto)

Negar por vía de interpretación una prestación social, derivada del ejercicio legítimo de un cargo, cuyo desempeño está expresamente autorizado tanto por el estatuto especial aplicable a los funcionarios de la seguridad social –Decreto Extraordinario 1651 de 1977, artículo 23, literal c)– como por el Decreto 1713 de 1960, que permite recibir las asignaciones "que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario, hasta por dos públicos, siempre que el horario normal permita el ejercicio regular de tales cargos". Si según el Diccionario de la Lengua Española provenir es "nacer", originarse una cosa de otra como de su principio", no cabe la menor duda que la pensión es una asignación que proviene del ejercicio de un cargo o empleo, que habiendo sido ejercido por un profesional con título universitario y sin incompatibilidad de horarios, cual es el caso *sub-júdice*, puede ser devengada conjuntamente con otra asignación proveniente del tesoro público, en los términos del referido Decreto 1713.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Salvamento de Voto del *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 6821. Autoridades Nacionales. Actor: Jaime Londoño Angel.

Con todo respeto por la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, me aparto de ella por considerar suficientemente válidas y por ende aplicables, las razones expuestas en sentencia proferida en un caso similar el 29 de agosto de 1989, Expediente No. 394, Actor: Darío Patiño Gutiérrez.

Fueron consideraciones de aquella providencia, entre otras, las siguientes:

"La Sala entinde, con apoyo en la normatividad del artículo 1o. del Decreto 1713 de 1960, que si un profesional con título universitario viene laborando simultáneamente en dos cargos de medio tiempo cada uno, cuando se pensiona con base en los servicios y la remuneración correspondiente a un solo de ellos, la cuantía de la prestación es determinada con base en dicha remuneración; vale decir, es "media pensión", caso en el cual es compatible con el ejercicio del otro cargo de medio tiempo; pues si el literal b) de aquella disposición permite que los profesionales con título universitario desempeñen simultáneamente dos empleos de medio tiempo, resulta lógico que se acepte la compatibilidad entre la pensión causada en tales circunstancias y el desempeño del otro empleo de medio tiempo. Absurdo sería condenar a quien está en tal situación, a satisfacer sus necesidades personales y familiares con menos de la mitad de sus ingresos habituales, so pretexto de una aplicación literal y exegética de la norma".

"... La Sala también advierte que por la desactualización monetaria de los valores de la compatibilidad de pensión y sueldo establecidos en el literal c) del Decreto 1713 de 1960, Ley 1a. de 1963, artículo 6o. y ley 57 de 1964, artículo 1o., su apli-cación a situaciones de 1980 constituiría no sólo una injusticia sino el desconocimiento de una garantía social, por lo cual la Corporación considera que para el efecto debe tenerse en cuenta la cuantía señalada en el literal c) del artículo 32 del Decreto Extraordinario 1042 de 1978, según el cual la compatibilidad entre sueldo y pensión no puede exceder la remuneración fijada por la ley para los ministros del despacho".

La posición que con posterioridad ha adoptado la Sala y que ahora ratifica, significa nada más y nada menos que negar por vía de interpretación una prestación social, derivada del ejercicio legítimo de un cargo, cuyo desempeño está expresamente autorizado tanto por el estatuto especial aplicable a los funcionarios de la seguridad social –Decreto Extraordinario 1651 de 1977, artículo 23, literal c)– como por el Decreto 1713 de 1960, que permite recibir las asignaciones "que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario, hasta por dos públicos, siempre que el horario normal permita el ejercicio regular de tales cargos".

Si según el Diccionario de la Lengua Española provenir es "nacer, proceder, originarse una cosa de otra como de su principio", no cabe la menor duda que la pensión

es una asignación que proviene del ejercicio de un cargo o empleo, que habiendo sido ejercido por un profesional con título universitario y sin incompatibilidad de horarios, cual es el caso *sub-júdice,* puede ser devengada conjuntamente con otra asignación proveniente del tesoro público, en los términos del referido Decreto 1713.

Joaquín Barreto Ruiz.

SUBCONTRALOR DEPARTAMENTAL–Período

La Constitución es norma reformatoria y derogatoria por excelencia, de conformidad con las voces de la Ley 153 de 1887, art. 9o. Por tanto, al igualar el período de los gobernadores y el de los contralores departamentales, y señalar para comenzarlo la fecha del 2 de enero de 1992, es incuestionable que quedó reformado el que traía la Carta de 1886, que como ya se dijo, era de dos años. Como el período del Subcontralor es idéntico al del Contralor por mandato expreso del Acto departamental, el período de aquel sufrió la misma suerte con el cambio constitucional de 1991. No sobra reparar en que así lo entendió, precisamente, la Asamblea Departamental, puesto que en sesión del día 16 de octubre de 1991 –o sea con posterioridad a la promulgación de la Nueva Carta Política– procedió a elegir nuevo Subcontralor.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 7976. Actos de las Asambleas. Actor: Alvaro Enrique González Urzola.

Desata la Sala el grado de consulta contra la sentencia proferida el 28 de enero de 1993 por el Tribunal Administrativo de Sucre, mediante la cual declaró la nulidad del Acta No. 4 de octubre 16 de 1991 de la Asamblea Departamental de Sucre, en cuanto desvinculó al Señor ALVARO E. GONZALEZ URZOLA del cargo de Subcontralor Departamental y dispuso su reintegro.

LA DEMANDA:

En el libelo (Fls. 1-4), se pidió la nulidad del acta antes mencionada en cuanto designó nuevo Subcontralor Departamental y lo removió tácitamente de su empleo.

Como consecuencia de ello, solicitó el reintegro del demandante y las secuelas económicas correspondientes hasta el vencimiento del período que se afirmó terminaba el 31 de diciembre de 1992.

Como hechos que sustentan esas pretensiones se dijo que el actor fue elegido como Subcontralor del Departamento de Sucre el 4 de octubre de 1990 para el período comprendido entre el 1o. de enero de 1991 y el 31 de diciembre de 1992, es decir, por dos años. Que posteriormente la Asamblea Departamental de Sucre, mediante nueve (9) votos, procedió a hacer una nueva elección, estimando inexistente o revocando de hecho el nombramiento del demandante y desconociendo el derecho adquirido y la propia norma Ordenanzal del Departamento.

LA SENTENCIA:

El *a-quo* en sentencia del 28 de enero de 1993 accedió a las pretensiones de la demanda ya que una vez hecho un nombramiento en propiedad para un funcionario de período fijo, como fue el caso del demandante, este no puede ser removido excepto que incurra en violaciones de los deberes y obligaciones que el cargo le imponen, previa una investigación administrativa donde el inculpado pueda ejercer el derecho de defensa. Y, además, porque las Asambleas Departamentales no tienen facultades para remover libremente a los funcionarios de período fiio ya que gozan de relativa estabilidad en el cargo.

POSICION DEL MINISTERIO PUBLICO:

El Procurador Cuarto Delegado ante esta Corporación presentó alegato (Fls. 64-68) en el que sostiene que debe confirmarse la decisión del Tribunal *a-quo,* porque comparte el criterio de que una vez hecho un nombramiento en propiedad para un funcionario de período fijo, como el caso del demandante, no puede ser removido excepto que incurra en violación de 108 deberes que el cargo le impone.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a desatar la consulta, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Constitución de 1991 vino a modificar expresamente la de 1886, por manera que antes de su vigencia las Asambleas departamentales elegían Contralores para un período de dos (2) años; empero, con el artículo 272 actual esa elección se hace por un período igual al del gobernador; y éste es de tres (3) años, según el artículo 303 del estatuto superior.

A su vez, el artículo 16 transitorio de la Carta Fundamental dispuso que la primera elección de gobernadores sería el 27 de octubre de 1991 y que los elegidos se posesionarían el 2 de enero de 1992.

De otro lado, la Constitución es norma reformatoria y derogatoria por excelencia, de conformidad con las voces de la Ley 153 de 1887, artículo 9o. Por tanto, al igualar el período de los gobernadores y el de los contralores departamentales, y señalar para comenzarlo la fecha del 2 de enero de 1992, es incuestionable que quedó reformado el que traía la Carta de 1886, que como ya se dijo, era de dos (2) años.

Como el período del Subcontralor es idéntico al del Contralor por mandato expreso del Acto departamental, el período de aquel sufrió la misma suerte con el cambio constitucional de 1991.

Ello es consecuencia de la aplicación del artículo 4o. ibídem, consagratorio del precepto de que en caso de conflicto entre la norma constitucional y una legal o de otro carácter, prevalece y se aplicará aquélla.

No sobra reparar en que así lo entendió, precisamente, la Asamblea Departamental, puesto que en sesión del día 16 de octubre de 1991, –o sea con posterioridad a la promulgación de la nueva Carta Política–, procedió a elegir nuevo Subcontralor (Acta No. 4 de octubre 16 de 1991; Fls. 7 y 8).

Por las razones anteriormente expuestas se revocará la sentencia materia de consulta, y se denegarán 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 proferida el 28 de Enero de 1993 por el Tribunal Administrativo de Sucre, mediante la cual se acogieron las pretensiones de la demanda, en el

juicio adelantado por Alvaro Enrique González Urzola, contra el acta No. 4 de octubre 16 de 1991 de la Asamblea Departamental; en su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día diecisiete (17) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz* (ausente), *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA JUDICIAL–Régimen Aplicable/**CONGRESO DE LA REPUBLICA/COMPETENCIA/VACIO NORMATIVO**–Inexistencia/ **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**–Facultades/**POTESTAD REGLAMENTARIA**–Extralimitación/**SUSPENSION PROVISIONAL**

En el campo relacionado con la Rama Judicial, que corresponde precisamente a una de las carreras especiales a las que contempló la Ley 27 de 1992, lo concerniente con la materia –Carrera Judicial–, estaba regulado de manera completa por el Decreto-Ley 052 de 1987. Por ende, no puede decirse o afirmarse válidamente, que existiera un vacío legislativo o que el Congreso hubiese incumplido el mandato del artículo 21 transitorio; por el contrario sí lo cumplió con la expedición de la Ley 27 de 29 de diciembre de 1992. Diferente es que el Consejo Superior de la Judicatura tenga iniciativa legislativa respecto de la administración de justicia y los códigos sustantivos y procedimientos (Art. 257, numeral 4, C.N.); pero de allí no se desprende que pueda invocar poderes legislativos en esas materias. Antes bien, para administrar y reglamentar la Carrera Judicial debe respetar la Constitución y la ley de carrera correspondiente. Por ello es de una claridad meridiana que no podía reemplazar al Congreso Nacional, para expedir un estatuto de carrera judicial. Así las cosas, si el acto acusado se basa en ese pretendido vacío, es incuestionable que deviene contrario, *prima facie,* esto es, por la simple confrontación con los artículos 125 y 21 transitorio de la C.P., y con el artículo 2o., inciso 3o., de la Ley 27 de 1992 –normas todas de categoría superior a dicho acuerdo–, a tales disposiciones. Porque el Decreto 052 de 1987 –al tenor de las normas mencionadas y transcritas–, que revisó, reformó y puso en funcionamiento la Carrera Judicial, continúan vigentes en todo aquello que no resulte contrario o incompatible con la Carta Política de 1991.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 9636. Autoridades Nacionales. Actor: Luis Fernando Caicedo.

El ciudadano Luis Fernando Caicedo ha formulado demanda de nulidad contra el Acuerdo No. 87 del 23 de noviembre de 1993, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, "mediante el cual legisló sobre el sistema de méritos para el ingreso, ascenso, permanencia y retiro del servicio en los cargos de carrera de la Rama Judicial".

Como la demanda reúne los requisitos formales habrá de admitirse; y para su trámite se dispone:

1o.) Notifíquese personalmente el auto admisorio a la Procuradora Quinta Delegada, así como también a los señores Presidente del Consejo Superior de la Judicatura y Directora de Administración Judicial.

2o.) Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para su contestación y demás efectos pertinentes.

SUSPENSION PROVISIONAL:

En el escrito correspondiente se solicita la suspensión provisional, para lo cual se plantean sintéticamente los siguientes argumentos:

El acto acusado contradice,*prima facie,* los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 125, 150 y 152, y en el 21 transitorio de la Carta Política de 1991.

Sobre el particular, se aduce que según estas disposiciones la Carrera Judicial será fijada por la ley y que por tanto, le compete al Congreso adoptarla.

El Acuerdo No. 87 del 23 de noviembre de 1993 pretende legislar sobre ingresos, permanencia, ascenso y retiro en cargos de la carrera judicial, lo cual solamente puede hacer la ley.

Al tenor del artículo 150 de la Carta, le corresponde al Congreso hacer las leyes. Así mismo, el 152 le señala a este organismo la competencia exclusiva para expedir las leyes estatutarias; y no cabe duda de que la concerniente a la carrera judicial tiene o debe revestir el carácter de estatutaria.

En ese orden de ideas, es evidente que el Consejo Superior de la Judicatura usurpó esa facultad del Congreso Nacional, y por consiguiente, el acto acusado está afectado en su validez, por manera que resulta ser injurídico "a nivel de la legalidad interna y externa".

Para resolver, SE CONSIDERA:

El artículo 238 de la Carta Fundamental de 1991 le atribuyó a la jurisdicción contencioso administrativa la facultad de suspender, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por la vía judicial.

Así mismo, el artículo 152 del C.C.A. (modificado por el 31 del Decreto 2304 de 1989), prescribe que la medida será precedente cuando se "solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado" (en el numeral 1) y cuando se trata de la acción 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" (en el numeral 2).

Las disposiciones que se citan como violadas, como ya se anotó, son los artículos 125, 150, 152 y 21 transitorio de la Constitución Política de 1991.

Respecto del artículo 125, se indica que allí se contempla el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en la misma, "previo cumplimiento de los requisitos y **condiciones que fije la ley**" (se destaca); como también, que el retiro se hará por calificación insatisfactoria en el desempeño del empleo, violación del régimen disciplinario "y por las demás causales **previstas en la Constitución o la ley**" (se destaca).

En lo que hace con el artículo 150, *ibídem*, se arguye que es tarea del Congreso hacer las leyes y además, que el Consejo Superior de la Judicatura no tiene competencia para legislar sobre Carrera Judicial.

En cuanto al artículo 152, *ibídem*, se aduce que es el Congreso el órgano autorizado para expedir leyes estatutarias y la de Carrera Judicial es de esta naturaleza.

En resumen, sostiene el actor que el Estatuto de Carrera Judicial es de resorte y potestad exclusivos del Congreso Nacional, por medio de leyes, por manera que el Consejo Superior de la Judicatura usurpó, con el acto acusado, dicha facultad.

De igual manera, afirma el demandante que mediante el acto impugnado se transgreden, adicionalmente, los mandatos y previsiones de los artículos 238 de la Ley Superior y 157 (sic) de Decreto No. 01 de 1984.

Es sabido que la Rama Judicial del Poder Público está integrada hoy en día por los órganos señalados en el artículo 116 de la Carta, bien sea de manera regular o

permanente, ordinaria o excepcional, y que su finalidad es la de administrar justicia, actividad calificada en el canon 228 como **"función pública"**, que debe ser regulada por el Congreso de la República mediante ley estatutaria, como lo prevé el artículo 152, literal b), del mismo ordenamiento.

Las autoridades, en general, están obligadas en el ejercicio de sus potestades a la normatividad existente (Constitución y ley, Art. 6o., C. N.); y, desde luego, así ocurre con el Consejo Superior de la Judicatura, según las voces de los artículos 256 ("... de acuerdo a la ley...") y 257 ("Con sujeción a la ley...") del mismo estatuto.

Entre esas funciones se encuentra la de "Administrar la carrera judicial", –Art. 256, numeral 1, C. N.–, y las de "Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia...", –Art. 257, numeral 3, C. N.–, y "Proponer proyectos de ley relativos a la administración de justicia...", –Art. 257, numeral 4, C. N.–.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 125, inciso primero, de la Carta Constitucional, "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"** (se destaca). A su vez, el inciso segundo determina que el ingreso y ascenso en los cargos de carrera se hará previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones "que fije la ley..."; así mismo, de conformidad con el inciso tercero el retiro se hará, además de las circunstancias expresamente fijadas en esa norma, "por las demás causales previstas **en la Constitución o la ley"** (se destaca).

Es evidente, entonces, que las funciones de administrar la carrera judicial y la de dictar reglamentos para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, debe cumplirlas el Consejo Superor de la Judicatura con estricta sujeción a la Constitución y la ley.

El artículo 21 transitorio de la Carta de 1991 le asignó al Congreso la tarea de desarrollar los principios consignados en el canon 125 dentro del año siguiente a su instalación; empero, no le impuso como condición *sine qua non,* la de expedir un estatuto de carrera global o genérico. De modo previsivo, señaló en su inciso cuarto que "Mientras se expiden las normas a que hace referencia este artículo, continuarán vigentes las que regulan actualmente la materia en cuanto no contraríen la Constitución". Por consiguiente, en lo relacionado con carrera judicial las normas preexistentes continuaron rigiendo porque la Ley 27 de 1992 (29 de diciembre), a la par que expidió el Estatuto de Carrera Administrativa, dispuso en su artículo 2o., inciso tercero, que "Los servidores del Estado que presten sus servicios en la Presidencia de la República, Congreso de la República y por virtud de la ley, Ministerio de Defensa, organización electoral y **demás entidades y sectores con carreras especiales o sistemas**

espciales de administración de personal, continuarán rigiéndose por las normas vigentes para ellos consagradas en la Constitución y la ley" (se subraya).

Esto significa, como ya se puso de relieve, que en el campo relacionado con la Rama Judicial, que corresponde precisamente a una de las carreras especiales a las que se refirió y contempló la Ley 27 de 1992, lo concerniente con la materia –Carrera Judicial–, estaba regulado de manera completa por el Decreto-Ley 052 de 1987. Por ende, no puede decirse o afirmarse válidamente, que existiera un vacío legislativo o que el Congreso hubiese incumplido el mandato del artículo 21 transitorio; por el contrario, ya se puso de presente como sí lo cumplió, con la expedición de la Ley 27 del 29 de diciembre de 1992.

Otra cuestión bien distinta es que algunas disposiciones de ese ordenamiento pudiesen resultar contrarias al texto de la Carta de 1991 o incompatibles con éste; empero, de darse este supuesto lo que ocurre es que aquéllas serían inaplicables; mas no todo el texto del decreto, si no es contrario, íntegramente a la nueva doctrina constitucional.

Diferente es que el Consejo Superior de la Judicatura tenga iniciativa legislativa respecto de la administración de justicia y los códigos sustantivos y procedimientos (Art. 257, numeral 4, C. N.); pero de allí no se desprende que pueda invocar poderes legislativos en esas materias. Antes bien; para administrar y reglamentar la Carrera Judicial debe respetar la Constitución y la ley de carrera correspondiente. Por ello, es de una claridad meridiana que no podía reemplazar al Congreso Nacional, para expedir un estatuto de carrera judicial en lugar suyo, como se sostiene en los considerandos del acto acusado donde se afirma, inexplicablemente, que "la ausencia de previsión del legislador debe ser suplida mediante el ejercicio de la facultad que a tal efecto atribuye al Consejo Superor de la Judicatura el art. 257 numeral 3 de la Constitución Política, a fin de evitar a la función de administrar justicia los graves trastornos que seguirían a la suspensión de la carrera judicial"; como también, más adelante, que "para permitir la correcta administración de personal de la Rama Judicial y hasta tanto se expida la ley correspondiente es necesaria la expedición de una reglamentación de carrera judicial".

Así las cosas, si el acto acusado se basa en ese pretendido vacío, es incuestionable que deviene contrario, *prima facie*, esto es, por la simple confrontación con los artículos 125 y 21 transitorio de la Constitución, y con el artículo 2o., inciso tercero, de la Ley 27 de 1992 –normas todas de categoría superior a dicho acuerdo–, a tales disposiciones. Porque, como ya se anotó, el Decreto-Ley No. 052 de 1987 –al tenor de las normas mencionadas y transcritas–, que revisó, reformó y puso en funcionamiento la Carrera Judicial, continúa vigente en todo aquello que no resulte contrario o incompatible con la Carta Política de 1991.

En ese orden de ideas, siendo ostensible que el acto acusado viola las normas superiores invocadas en el libelo de demanda y en el acápite relacionado con esta medida provisoria, deberá accederse a su decreto.

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

RESUELVE:

Decrétase la suspensión provisional del Acuerdo No. 87 del 23 de noviembre de 1993, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, "Por el cual se reglamenta el sistema de méritos para el ingreso, permanencia y retiro del servicio en los cargos de carrera de la Rama Judicial".

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna* (ausente), *Diego Younes Moreno, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

FUNCIONARIO DE PERIODO/PROCESO DISCIPLINARIO/COMPETENCIA

Los funcionarios designados para períodos fijos no son de libre nombramiento y remoción. Obviamente pueden ser retirados de sus cargos antes del vencimiento del período para el cual fueron nombrados, si incumplen sus deberes o incurren en conductas que así lo ameriten. Pero en ese caso, debe adelantarse previamente un proceso a fin de establecer plenamente las conductas que constituyen justa causa para la remoción. La ley ha querido que ese proceso no lo adelanten las Corporaciones nominadoras sino las autoridades judiciales, si se trata de conductas que infringen la ley penal, o la Procuraduría General de la Nación si constituyen falta disciplinaria.

PROVIDENCIA DE CONDENA/SUMA FIJA/CORRECCION MONETARIA/INTERESES MORATORIOS–Causación/ **SENTENCIA**–Ejecutoriedad

Por consistir el restablecimiento del derecho en una suma fija, representada en los sueldos y prestaciones dejados de devengar entre la fecha de desvinculación del servicio y el 31 de diciembre de 1990, cabe la corrección monetaria que se hubiera causado entre ésta última fecha y la de cumplimiento de la sentencia, sobre la suma fija liquidada; y que los intereses únicamente pueden ser reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del C.C.A., es decir, a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria y no antes.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 7089. Asuntos Municipales. Actor: Hermides Hernández Aguirre.

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia proferida el 11 de mayo de 1992 por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho y por intermedio de apoderado, el señor Hermides Hernández Aguirre formuló al Tribunal las siguientes pretensiones:

> "PRIMERO: Declarar la nulidad de la Resolución No. 003 de 22 de agosto de 1990, dictada por el Concejo Municipal de Montellbano (C), mediante la cual se removió del cargo de auditor general de las Empresas Públicas Municipales de Montalíbano al señor Hermides Hernández Aguirre, quien había sido elegido para el mismo en sesión de dicho Concejo de fecha 21 de noviembre de 1989;
>
> SEGUNDO: Ordenar, en consecuencia, el reintegro del señor Hermides Hernández Aguirre al cargo de Auditor General de las Empresas Públicas Municipales de Montelíbano (C) que ocupaba a la fecha de ordenarse su remoción, sin solución de continuidad a partir de la misma fecha;
>
> TERCERO: Condenar al Municipio de Montelíbano a pagarle al señor Hermides Hernández Aguirre todos los sueldos, primas, vacaciones y demás prestaciones dejadas de percibir por el mismo desde la fecha de su remoción en el cargo antes dicho hasta la de su efectivo reintegro al mismo, en moneda colombiana actualizada a su valor actual mediante el sistema de la corrección monetarla con base en el índice de precios al consumidor, más los intereses legales desde la fecha de su causación hasta cuando se pague efectivamente, sin solución de continuidad.
>
> CUARTO: El Municipio de Montelíbano dará cumplimiento a esta sentencia dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que ella se le comunique, de conformidad con el art. 176 del Código Contencioso Administrativo".

Su alegato se basó fundamentalmente en que el acto acusado fue expedido en contradicción manifiesta con el artículo 103 del Decreto 1333 de 1986, violando el "derecho de audiencia y defensa" y con "falsa motivación", pues fue removido del cargo sin previa fórmula de juicio, por un órgano incompetente, fudamentándose el concejo en hechos no probados que quedaron consignados en el acto acusado.

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal accedió parcialmente a las súplicas de la demanda aceptando los argumentos planteados por el actor, al encontrar evidente y palmaria contradicción entre el acto acusado y el artículo 103 del Decreto 1333 de 1986, pues de acuerdo con tal norma la facultad para suspender o remover del cargo a los auditores, entre otros funcionarios antes del vencimiento del período para el cual fueron nombrados, solo puede ser ejercida por el Concejo en cumplimiento de decisión judicial o de la Procuraduría General de la Nación.

De otro lado, no ordenó el reintegro pues el cargo que ocupaba el demandante es de período fijo y por tanto no era procedente en este caso.

EL CONCEPTO FISCAL

Estima la Doctora Procuradora Novena Delegada ante el Consejo de Estado que la sentencia consultada debe mantenerse en su integridad y para ello reitera los argumentos del Tribunal.

CONSIDERACIONES:

Para la Sala resulta probada la violación argumentada en la demanda, y por ende, el razonamiento hecho tanto por el Tribunal en la sentencia como por la colaboradora Fiscal contenido en su alegato ante esta Corporación, pues de la simple confrontación entre el acto acusado y el texto del artículo 103 del decreto 1333 de 1986, se evidencia la contradicción manifiesta entre el acto y la norma.

En efecto, los funcionarios designados para períodos fijos no son de libre nombramiento y remoción. Obviamente pueden ser retirados de sus cargos antes del vencimiento del período para el cual fueron nombrados, si incumplen sus deberes o incurren en conductas que así lo ameriten.

Pero en ese caso, debe adelantarse previamente un proceso a fin de establecer plenamente las conductas que constituyen justa causa para la remoción.

La ley ha querido que ese proceso no lo adelanten las Corporaciones nominadoras sino las autoridades judiciales, si se trata de conductas que infringen la ley penal, o la Procuraduría General de la Nación si constituyen falta disciplinaria.

Ese es precisamente el alcance del artículo 103 del Código de Régimen Municipal, y lógicamente los estatutos de las Empresas Públicas Municipales de Montelíbano que prevén la posibilidad de que el Concejo Municipal remueva al Auditor dentro del período para el cual ha sido elegido, cuando hay justas causas para ello, debe interpretarse en

armonía con la norma anteriormente citada y así no se da la contradicción entre sus ordenamientos.

En el caso que ocupa la atención de la Sala se observa que el Concejo Municipal de Montelíbano procedió a desvincular al señor Hermides Hernández antes del vencimiento del período para el cual fue nombrado, alegando la justa causa prevista en los estatutos de las Empresas Públicas, pero esperar a que la Justicia Penal o la Procuraduría General de la Nación profirieran decisión que le permitiera al Concejo hacerlo.

Por esa razón la sentencia consultada debe confirmarse, aclarando que por consistir el restablecimiento del derecho en una suma fija, representada en los sueldos y prestaciones dejados de devengar entre la fecha de desvinculación del servicio y el 31 de diciembre de 1990, cabe la corrección monetaria que se hubiere causado entre ésta última fecha y la de cumplimiento de la sentencia, sobre la suma fija liquidada; y que los intereses únicamente pueden ser reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del C.C.A., es decir, a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria y no antes.

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 11 de mayo de 1992 por el Tribunal Administrativo de Córdoba dentro del proceso iniciado por el señor Hermides Hernández Aguirre.

El ordinal cuarto de la sentencia debe interpretarse en la forma indicada en la parte considerativa de este fallo.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y UNA VEZ EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA, REMITASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de siete (7) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna* (ausente), *Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE–Estabilidad/**CARRERA DOCENTE/ESCALAFON DOCENTE**–Exclusión/**SUSPENSION EN EL ESCALAFON/INSUBSISTENCIA**–Improcedencia

Es obvio que con la suspensión por un determinado tiempo, que no puede pasar de 6 meses, no se pierde el derecho a la estabilidad, es decir, a no ser retirado del servicio sin haber sido excluido del escalafón. Lo contrario significaría dejar sin efectos el artículo 31 del Decreto 2277 de 1979 y volver definitiva una sanción temporal. Los derechos y garantías que el educador pierde como consecuencia de la sanción de suspensión son aquellos que no tienen que ver con su estabilidad en el cargo. Analizando la motivación de la resolución acusada, observa la Sala que, como lo dice el Tribunal, el actor pudo haber incurrido en conductas sancionables con la exclusión del escalafón; pero como el Ministerio optó por la figura de la insubsistencia, que no le estaba permitida por tratarse de un educador escalafonado, el acto que la declaró es nulo y en consecuencia el fallo consultado merece confirmación.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 8057. Autoridades Nacionales. Actor: Ignacio Castro Granados.

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia proferida el 26 de enero de 1993 por el Tribunal Administrativo del Cauca.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho y por intermedio de apoderado, el señor Ignacio Castro Granados formuló al Tribunal las siguientes pretensiones:

"1o.– Respetuosamente solicito se sirvan decretar la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución número 16601 del 16 de noviembre de 1989, emanada del Ministerio de Educación Nacional, por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento del señor IGNACIO CASTRO GRANADOS, profesor de tiempo completo del Colegio Integral San José de Guapi (Cauca).

2o.– Que para todos los efectos legales, salariales y prestacionales, se declare que no ha existido solución de continuidad en el ejercicio del cargo por parte de mi mandante y que por lo tanto, el tiempo que se encuentra separado de su cargo como consecuencia de la determinación de las autoridades del Ministerio de Educación, le es computable para los efectos arriba señalados.

3o.– Como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene a la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, reintegrar a mi mandante al cargo que venía desempeñando hasta la fecha del retiro o a uno de superior jerarquía.

4o.– Se condene a la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional al pago de los salarios, primas y demás prestaciones dejadas de percibir por mi mandante desde el 12 de enero de 1990, hasta la fecha del reintegro efectivo al cargo.

5o.– Se condene a la Nación, a través de la entidad señalada, al pago de los intereses moratorios actualizados comercialmente a la fecha en que salga la sentencia, sobre las cantidades líquidas mencionadas.

6o.– Se realice la ejecución de la sentencia conforme lo señala el artículo 176 y siguientes del Código Contencioso Administrativo" (fl. 90 y 91 cd. ppal.).

Su alegato se basó fundamentalmente en que el acto acusado fue expedido con "falsa motivación" y "violación al derecho de audiencia o defensa", pues la causa invocada por la Administración para retirarlo del servicio no existe y además, impuso una sanción sin previa fórmula de juicio, es decir, sin adelantar proceso disciplinario. Finalmente, argumenta que la decisión esconde bajo la figura de la insubsistencia una verdadera "destrucción" que en todo caso obligaba a la exclusión previa del escalafón, dado que los docentes gozan de estabilidad mientras no sean excluidos de él.

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal accedió a las súplicas de la demanda tras considerar que el acto acusado fue expedido irregularmente al no estar precedido el proceso disciplinario por la conducta imputada al demandante y, además, fundándose en providencia de esta Sala (Exp. 870 de marzo 25/92, Consejera Ponente Doctora Dolly Pedraza de Arenas) en la cual se afirma que el retiro del servicio de un docente escalafonado a través de la insubsistencia sólo procede en los casos expresamente previstos por el artículo 68 del Decreto 2277 de 1979, al paso que la destitución presupone precisamente que el docente esté inscrito en la carrera, esto es escalafonado, y por tanto su retiro del servicio solo puede hacerse previa exclusión del escalafón. Luego es un error de la administración entender que "la suspensión en el escalafón hasta por seis (6) meses" sanción que determina "la pérdida de los derechos y garantías de la carrera docente por igual término", tiene el mérito de "excluir" así sea temporalmente del servicio al sancionado.

EL CONCEPTO FISCAL

Estima la Doctora Fiscal Quinta del Consejo de Estado que debe mantenerse la sentencia consultada, fundándose en que el acto acusado contradice el mandato del artículo 55 del Decreto 2277 de 1979 pues la sanción que se impuso debió ser consecuencia de un procedimiento disciplinario, pues la "suspensión del escalafón" es una sanción distinta de la "exclusión" del mismo y por tanto esta última no se sujetó a lo ordenado en la citada norma.

Procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala ha tenido ya oportunidad de pronunciarse en casos semejantes al que se estudia, como el citado por el Tribunal en la sentencia consultada.

Los docentes escalafonados solo pueden ser desvinculados del servicio por insubsistencia en los casos previstos en el artículo 7 del Decreto 2277 de 1970, es decir, cuando el nombramiento ha sido ilegal por no cumplir las estipulaciones fijadas en los artículos 5 y 6 del mismo decreto.

La regla general indica que el educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón o no haya alcanzado la edad de retiro forzoso.

En el caso de autos claramente se observa que el Ministerio de Educación interpretó erróneamente el alcance de la norma que establece la sanción de suspensión en el escalafón hasta por 6 meses y debido a ello estimó que por virtud de la sus-

pensión el señor Ignacio Castro había perdido todos los derechos y garantías que ofrece la carrera docente, durante el término de la suspensión y procedió a declararlo insubsistente.

Pero es obvio que con la suspensión por un determinado tiempo, que no puede pasar de 6 meses, no se pierde el derecho a la estabilidad, es decir, a no ser retirado del servicio sin haber sido excluido del escalafón.

Lo contrario significaría dejar sin efectos el artículo 31 del Decreto 2277 de 1979 y volver definitiva una sanción temporal. Los derechos y garantías que el educador pierde como consecuencia de la sanción de suspensión son aquellos que no tienen que ver con su estabilidad en el cargo.

Analizando la motivación de la resolución acusada, observa la Sala que, como lo dice el Tribunal, el actor pudo haber incurrido en conductas sancionables con la exclusión del escalafón; pero como el Ministerio optó por la figura de la insubsistencia, que no le estaba permitida por tratarse de un educador escalafonado, el acto que la declaró es nulo y en consecuencia el fallo consultado merece confirmación.

Habrá de adicionarse sin embargo, para ordenar que la administración descuente de las sumas que pague como restablecimiento del derecho, lo que el señor Castro Granados hubiere recibido de entidades públicas, en acatamiento a la prohibición Constitucional prevista en el artículo 64 de la anterior Constitución y en el 128 de la actual.

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 26 de enero de 1993 por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro del proceso iniciado por el señor Ignacio Castro Granados.

Adiciónase dicha sentencia en el sentido de ordenar que de las sumas que correspondan a la actora se descuente cuanto haya recibido en el mismo lapso, del erario público o de entidades en que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo lo percibido por concepto de pensión de jubilación y los emolumentos que por expresa autorización legal puedan devengar los docentes conjuntamente con ella.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y UNA VEZ EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día siete (7) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna* (Ausente), *Carlos A. Orjuela Góngora* (Aclara Voto), *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROVIDENCIA DE CONDENA/DESCUENTO–Improcedencia/**EMPLEADO PUBLICO**–Inexistencia/**DOBLE ASIGNACION**–Inexistencia/**ANALOGIA**–Improcedencia–(Aclaración deVoto).

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 tienen 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 resolutiva de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esta manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Aclaración de Voto del *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 8057. Autoridades Nacionales. Actor: Ignacio Castro Granados.

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 resolutiva en cuanto al confirmar la sentencia de primer grado 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 tienen 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. Entiéndase 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 prohibiciones rige el principio de la tipicidad; no hay prohibición sin ley que la consagre; la analogía en las penas es inadmisible".

"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".

"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 exp. No. 29629, Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G., junio 5/84; en el Exp. 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 resolutiva de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esta manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Por estas sintéticas consideraciones, entonces no comparto la parte resolutiva de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

INVESTIGACION DISCIPLINARIA–Irregularidad/**NULIDAD**–Improcedencia/**SANCION DISCIPLINARIA**

No toda irregularidad dentro de una investigación disciplinaria, genera la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se impone a un funcionario una sanción disciplinaria, ya que lo que importa en el fondo, es que no se haya incurrido en errores de tal naturaleza que impliquen violación del derecho de defensa y del debido proceso.

FALTAS CONTRA LA EFICACIA DEL SERVICIO NOTARIAL/FALTA GRAVE/NOTARIO/SANCION DISCIPLINARIA/DESTITUCION

Incurrió el actor en la conducta consagrada en el ordinal 8o. del art. 198 del Decreto 960 de 1970, consistente en omitir el cumplimiento de los requisitos sustanciales en la prestación de los servicios a cargo de los notarios, siendo grave la falta que se cometió, pues ella atenta contra la majestad, dignidad y eficacia del servicio notarial; además, el demandante registraba antecedentes disciplinarios en su hoja de vida.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 6215. Autoridades Nacionales. Actor: Enrique Reyes Garzón.

Enrique Reyes Garzón, mediante apoderado, interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima el 4 de septiembre de 1991.

ANTECEDENTES

El demandante solicitó ante el Tribunal la nulidad de las resoluciones Nos. 3240 del 22 de agosto de 1989 y 0966 del 2 de marzo de 1990 proferidas por la Dirección de Vigilancia de la Superintendencia de Notariado y Registro; así mismo de la resolución No. 1788 del 19 de abril del último año citado, expedida por el señor Superintendente de Notariado y Registro, actos administrativos mediante los cuales se destituyó al señor Enrique Reyes Garzón del cargo de Notario Unico del Círculo de Honda-Tolima.

Como restablecimiento del derecho, la parte actora pidió su reintegro al mismo empleo que desempeñaba o a otro de igual o superior categoría; que se le cancelen todas las sumas de dinero que dejó de percibir desde la fecha en que fue desvinculado de la administración hasta cuando efectivamente sea reintegrado al servicio, como consecuencia del cumplimiento del fallo, tal y como aparece probado en el proceso; que para todos los efectos legales se considere que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios; que a la sentencia que ponga término al proceso se dé cumplimiento en los términos del artículo 167 y s.s. del C.C.A. (folios 44 y 45 cdno. ppal.).

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal del conocimiento en el fallo recurrido negó las pretensiones del escrito introductorio (folios 91 a 104 cdno. ppal.), previa consideración de que en el caso *sub-júdice* no hay lugar a un fallo inhibitorio por las razones que plantea la agencia del Ministerio Público.

Manifiesta el *a-quo* en este asunto que es indudable que el libelo se ha desviado al pretender que el Tribunal haga la revisión de todo el proceso para que llegue a una conclusión distinta o por lo menos, para que se dosifique la pena en forma más benigna, lo que escapa a la función del *a-quo,* debiéndose limitar a la confrontación de las decisiones administrativas con los preceptos legales señalados; que siendo cierto que la ley puede violarse por indebido tratamiento del aspecto probatorio como una forma indirecta de transgresión, era indispensable en este asunto que el demandante indicara cuál fue aquella que trataba específicamente esa prueba y cuál fue el error en que se incurrió por parte de los funcionarios que actuaron; que en estos eventos es absolutamente necesario que se le señale al juzgador cuál fue la disposición que indirectamente fue de esta manera violada; que esto no se cumplió en el documento iniciador del juicio, por o que este tópico de la controversia en la etapa gubernativa no podrá ser analizado por la vía de las pruebas; que si se parte de la certeza de que la escritura que se había otorgado fue retirada de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Municipio de Honda por petición del funcionario investigado, tal como quedó claramente establecido en la actuación administrativa y sobre la cual no existe debate, el pliego de cargos que se le formuló contiene ese preciso punto, citándose como norma violada el

artículo 22 del decreto 960 de 1970; que al respecto hay que destacar que cuando la disposición preceptúa que la escritura autorizada por el Notario se anotará en el libro de relación, con lo cual se considera incorporada en el protocolo, la escritura número 683 del 17 de mayo de 1988, mediante la cual el funcionario dada en garantía hipotecaria un inmueble al Banco Cafetero, ya se encontraba en esas condiciones y por esa circunstancia salió de la Notaría y fue presentada a la Oficina de Registro para su respectiva inscripción; que este hecho de por sí impedía que pudiera ser sustituida y únicamente era susceptible de ser corregida por escritura adicional de los otorgantes, por haber incurrido en error en sus manifestaciones, o por presentarse los motivos a que aluden los artículos 101, 103 y 104 del decreto ley 960 de 1970, o de la forma como lo indican los artículos 48 y s.s. del Decreto 2148 de 1983, sin que pueda admitirse en este asunto que el proceder del Notario hubiese sido el que determina el artículo 51 de este último decreto, porque de una parte no se dejó la constancia en la matriz del motivo de la corrección y la fecha en que ella se surtió, y de otra, porque es evidente que dicho acto aparece en una escritura diferente, bajo el número 756 del 31 de mayo de 1988; que por ende, es incuestionable que se extrajo del protocolo la escritura inicialmente incorporada a él; que independientemente que en la resolución que aplicó la sanción se haya invocado otras disposiciones, lo cierto es que en el acto aparece como infringido el artículo 22 del decreto 960 de 1970 al igual que el artículo 23 que trata de la misma materia y que fueron desconocidos, atentándose contra la seguridad de los actos notariales; que en cuanto a que el actor no haya tenido actividad en el hecho, tal afirmación no es acertada, pues en la declaración rendida por la notaria encargada, y luego secretaria *ad-hoc,* se dice claramente que esto se hizo con autorización del demandante, aunque luego se trata de cambiarlo, asumiendo su total autoría y responsabilidad al contestar el pliego de cargos, no siendo ésta última actuación la que le sirvió de respaldo, ya que el medio probatorio adecuado fue la declaración rendida en la etapa administrativa; que el funcionario investigado admite haber ordenado a unos subalternos el retiro de la escritura, con el fin de corregir el error en cuanto a la calidad en que la notaría la suscribía y que no era como encargada, sino como *ad-hoc;* que esto solamente podía hacerlo ajustándose a la fecha en que se dictó la resolución que la nombraba como tal; que a esta circunstancia se agrega que era el actor el directamente interesado en la escritura, pues a él le iba a ser otorgado el crédito hipotecario; que por consiguiente, es explicable que hubiera sido directamente esta persona la que haya ordenado ese inadecuado procedimiento, dando la autorización para que se hiciera de esa manera; que de acuerdo con lo anterior, mal puede hablarse en el caso *sub-judice* de violación del derecho de defensa por haberse invocado en la resolución disposiciones que no lo habían sido en el pliego de cargos; que la referencia a los artículos 100 y 198 del Decreto 960 de 1970 en nada alteran lo sustancial de los cargos; que en este evento se está afectando de manera grave el ejercicio de la función notarial, como es el de la seguridad y garantía del acto que ha quedado incorporado en el protocolo y que con mucha facilidad el señor notario con su intervención de allí lo extrajo, sin que interese para esos efectos que el servicio notarial sufra traumatismo como lo expone el actor, ya que no es esto lo que se ha tenido en cuenta en la disposición, sino el aspecto relativo

a la función notarial, que como tal lleva a un campo más amplio que el que indica el demandante; que en lo atinente a la gravedad de la falta cometida corresponde calificarla al funcionario competente para aplicar la sanción, de conformidad con el artículo 130 del decreto 2148 de 1983; que es indudable que la falta sí está ubicada dentro de la noción de gravedad, toda vez que existiendo un interés personal de por medio, se cambió una escritura con el argumento de la indebida denominación del cargo solo para asegurarse que ella no fuera a tener ningún problema en los resultados finales, como lo es el otorgamiento del crédito; que resulta más grave en este asunto que hubiese intervenido precisamente el titular de la notaría, a quien se le ha dado a guardar la fe pública, causándose así un perjuicio, aunque no patrimonial, sí a la función notarial.

Fundamento del recurso.

El apoderado del actor, en el escrito contentivo del recurso de apelación (fls. 106 y 107 cdno. ppal.), solicita se revoque la sentencia recurrida y se acceda a las súplicas del escrito demandatorio, pues como se sostuvo en el libelo, la entidad demandada al momento de expedir los actos acusados infringió todas y cada una de las disposiciones citadas, ya que so pretexto de adelantar una investigación administrativa, desconoció el debido proceso, la práctica legal de pruebas y la dosimetría de la pena, toda vez que en este asunto existió el ánimo de desvincular del servicio de cualquier manera a un funcionario inscrito en carrera, quien no incurrió en ninguna de las irregularidades que se le imputaron; que de otra parte, es claro además, que en el caso *sub-júdice* se configuró la desviación de poder, porque a las normas se les dio un alcance que no tienen y con base en las cuales se destituyó al actor de su empleo, interpretación que fue acomodaticia para los intereses de la entidad demandada.

EL CONCEPTO FISCAL

La doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado es de opinión que se revoque el fallo recurrido y se acceda a las súplicas de la demanda pues el actor no debió ser sancionado por los cargos que se le formularon, ya que no existía razón valedera para sancionarlo por los hechos imputados y menos aún, para aplicarle la máxima sanción que pueda recibir un empleado; que así las cosas, en este asunto la presunción de legalidad que cobija a los actos enjuiciados logró ser desvirtuada (folios 119 a 129 cdno. ppal.).

Admitido el recurso de apelación mediante auto del 5 de noviembre de 1991 (folio 110 *ibídem*), cumplido el trámite de rigor en la segunda instancia y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El caso *sub-lite* consiste en dilucidar si el demandante fue destituido de su empleo con fundamento en la ley y previa observancia del derecho de defensa y del debido proceso.

Como lo ha expresado la Sala en otras ocasiones, la destitución exige el adelantamiento de un proceso disciplinario previo en desarrollo del cual el funcionario investigado tenga la posibilidad de ejercitar el derecho de defensa para desvirtuar los cargos que se le formulen.

Como consta en autos, el doctor Enrique Reyes Garzón fue destituido del cargo de Notario Unico del Círculo de Honda –Tolima– por pretermitir los procedimientos señalados en la ley para la corrección y cancelación de las escrituras públicas.

De los elementos de juicio que obran en el expediente se establece lo siguiente:

1o). Mediante memorando No. 111 de julio 13 de 1988 la Jefe de la División Legal de Registro de Instrumentos Públicos de la Superintendencia de Notariado y Registro, remite al Jefe de la División de Vigilancia de Notariado y Registro del Estado Civil de las Personas, el oficio número 130 radicado en dicha entidad el 24 de junio de 1988 suscrito por la Doctora Miryam Ospina de Linares, Registradora Seccional de Instrumentos Públicos de Honda –Tolima–, del cual se desprenden presuntas irregularidades en la autorización de dos escrituras, ambas números 643, que contienen actos sobre inmuebles diferentes, otorgados en la misma fecha, sin indicarse diferencia alguna entre ellas (caso de haberse cometido un error), tal como lo dispone el artículo 51 del decreto 2148 de 1983, por lo que es evidente que se contrariaron los artículos 23 y 107 del decreto 960 de 1970; que los mencionados instrumentos ingresaron el 7 de mayo y el 9 de junio de 1988 a la Oficina de Registro aludida (fls. 41 y 42 cdno. No. 4).

2o). En cumplimiento de la resolución número 3339 de julio 22 de 1988 de la División de Vigilancia se practica visita especial a la Notaría Unica del Círculo de Honda –Tolima– (fls. 88 a 91 *ibídem*).

3o). Por oficio número 10189 de agosto 19 de 1988 la Directora de Vigilancia le formula cargos al Doctor Enrique Reyes Garzón (fl. 37 *ibídem*).

4o). El citado funcionario presenta sus descargos mediante comunicación radicada en la Superintendencia el 8 de septiembre de 1988 (fls. 96 y 97 *ibídem*).

5o). Mediante la resolución acusada número 3240 del 22 de agosto de 1989 se destituye al actor del cargo de Notario Unico del Círculo de Honda –Tolima– (fls. 100 a 106 *ibídem*).

6o). Mediante apoderado (folio 134 *ibídem*) el demandante interpone los recursos legales pertinentes contra dicho acto administrativo (fls. 213 a 138 *ibídem*).

7o). Por resolución número 0169 del 26 de enero de 1990 la Directora de Vigilancia decreta la práctica de algunas pruebas (fls. 221 a 219 *ibídem*).

8o). Por la resolución impugnada No. 0966 se confirma en todas sus partes la resolución 3240 de 1989 y se concede en el efecto suspensivo, ante el Superintendente de Notariado y Registro, el recurso de apelación interpuesto (fls. 245 a 240 *ibídem*).

9o). El Superintendente decide igualmente confirmar la resolución No. 3240 de 1989 mediante la resolución No. 1788 del 19 de abril de 1990 y declarar agotada la vía gubernativa (folios 263 a 257 *ibídem*).

Son las anteriores, las principales etapas administrativas que se llevaron a cabo dentro del proceso disciplinario adelantado contra el demandante.

Como lo ha dicho la Corporación, no toda irregularidad dentro de una investigación disciplinaria, genera la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se impone a un funcionario una sanción disciplinaria, ya que lo que importa en el fondo, es que no se haya incurrido en errores de tal naturaleza que impliquen violación del derecho de defensa y del debido proceso.

Ahora bien, en el proceso disciplinario realizado contra el actor para imponerle la sanción disciplinaria de destitución, la Sala no encuentra que se hayan desconocido los trámites formales exigidos para el efecto, pues al demandante se le formularon cargos, tuvo la oportunidad de presentar sus descargos y de interponer los recursos pertinentes dentro de la vía gubernativa y, así mismo, de que se practicaran las pruebas que se consideraron conducentes, por lo que no se establece que en el caso *sub-exámine* se incurriera en una flagrante violación del derecho de defensa del funcionario inculpado.

Según el acta de la visita especial practicada por la Superintendencia de Notariado y Registro a la Notaría Unica del Círculo de Honda –Tolima– el día 17 de mayo de 1988, se autorizó la escritura No. 683 correspondiente a una hipoteca entre el actor y el Banco Cafetero, cuya copia fue enviada a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos dicho día y devuelta sin registrar el 18 del mismo mes y año. Luego se procedió a efectuar y autorizar otra escritura con igual número y fecha, correspondiente a una compraventa entre Miryam Cecilia Uscátegui y Armando Garzón López, copia que más tarde se llevó a la misma Oficina de Registro; que en cuanto a la escritura primeramente autorizada, posteriormente se cambió la primera hoja del instrumento, numerándola y fechándola con la número 756 del 31 de mayo de 1988, que es una hipoteca al Banco Cafetero otorgada por Enrique Reyes Garzón y debidamente

autorizada por la Notaría *ad-hoc,* señora Carmenza Campo de Chaux, según resolución No. 2427 de 1988 de la Superintendencia de Notariado y Registro (fl. 81 *ibídem*).

Con base en la citada acta de visita especial practicada a la mencionada Notaría, la Directora de Vigilancia formuló cargos al demandante, pues según tal documento incurrió en las siguientes irregularidades:

A) Ordenó el cambio de la escritura No. 683 del 17 de mayo de 1988, correspondiente a una hipoteca en la cual el actor intervino como deudor hipotecario del Banco Cafetero, por otra a la cual se le asignó el mismo número y fecha de una compraventa entre Armando Garzón López y Miryam Uscátegui Rodríguez.

B) Ordenó el cambio de la primera hoja de la escritura inicialmente numerada y fechada con el número 683 del 17 de mayo de 1988, por la que aparece numerada y fechada bajo el número 756 del 31 de mayo de 1988, correspondiente a una hipoteca en la cual el señor Enrique Reyes Garzón intervino como deudor hipotecario del Banco Cafetero (fl. 37 *ibídem*).

La parte actora en el escrito introductorio manifiesta, en síntesis, al desarrollar el concepto de la violación, por las razones allí expuestas, que los actos acusados deben ser declarados nulos por infracción de la ley, falsa motivación y por existir motivos ocultos en su expedición (folio 58 cdno. ppal.).

Procede entonces analizar en este asunto el aspecto de fondo de la controversia planteada dentro del presente proceso, con el fin de establecer si el demandante incurrió en las conductas que le fueron endilgadas.

En la declaración de la señora Carmenza Campos de Chaux, Notaria encargada para la época en que se sucedieron los hechos (folios 83 y 84 cdno. No. 2), se sostiene lo siguiente:

> "Cuando el doctor Reyes se fue para el Foro de Santa Marta, autorizó enumerar una escritura de Hipoteca del doctor Enrique Reyes Garzón a favor del Banco Cafetero Sucursal Honda por la suma de $4.500.000.oo habiéndose cogido el número 683 de fecha 17 de mayo de 1988, el dia 18 de mayo el doctor Reyes llamó de Santa Marta y dijo que no podía firmarle la escritura de Hipoteca como Notaria Encargada, sino como Notaria *ad-hoc,* por lo tanto había que suprimir ese número y dejarlo para utilizarlos posteriormente con otra escritura. Dicha escritura 683 se había llevado al Registro, luego del doctor informarme esa anomalía la señorita Cecilia Navarrete, empleada de esta oficina se trasladó inmediatamente a la oficina de registro con un oficio solicitando la devolución de dichas copias de la escritura en mención. Se procedió a cambiar la primera hoja

para que quedara el número en blanco y a la última se le borró encargada y se anotó *ad-hoc*. El número en blanco se reemplazó una venta que hace el señor Armando Garzón López a favor de Miryam Cecilia Uscátegui de una casa ubicada en Honda por valor de $200.000.oo, la cual se llevó al registro y la registradora no ha querido registrarla o sea que esta escritura reemplazó el número... tan pronto llegó la Resolución de la Superintendencia de Notariado y Registro encargándome como Notaria *ad-hoc*, se procedió a cambiar la primera hoja y borrar en la firma que decía Notaria Encargada y colocarle Notaria *ad-hoc*, y se numeró con el número 756 de fecha 31 de mayo de 1988, **lo anterior con autorización del doctor Enrique Reyes Garzón Notario"** (los destacados son de la Sala).

Como puede verse, se infiere de la referida declaración de manera clara y precisa la participación del demandante en los hechos que dieron origen a la formulación de cargos por la Directora de Vigilancia, la cual ofrece suficiente credibilidad, si se tiene en cuenta que la declarante era la Secretaria de la Notaría (folio 53 *ibídem*) y luego Notaria encargada, quien en esta condición actuaba bajo la responsabilidad del actor, en los términos del artículo 2o. de la resolución No. 2053 del 2 de mayo de 1988 (folio 89 *ibídem*), más tarde designada Notaria *ad-hoc* para que autorizara los actos comerciales contentivos de la hipoteca al Banco Cafetero y compra de un apartamento en esa ciudad (folio 53 *ibídem*), no obstante la señora Carmen Campos de Chaux en la presentación de sus descargos (folios 94 a 91 *ibídem*) pretenda asumir toda la responsabilidad de lo sucedido y rectificar así su declaración inicial cuando manifiesta que "yo me refería a la orden que él dio de Santa Marta, para retirar la hipoteca de la Oficina de Registro y no a ninguna de otra orden... Las decisiones que tomé fueron de mi propia iniciativa, libres de cualquier presión o sugerencia" (folio 91 *ibídem*), actitud esta última asumida por dicha funcionaria explicable en virtud de su dependencia laboral del demandante, con el fin de buscar que éste apareciera como ajeno a los acontecimientos que dieron lugar a que se le formulara pliego de cargos, razón por la cual la aludida confesión no es idónea para que sea considerada, como lo expresa la resolución acusada No. 0966 del 2 de marzo de 1990 (folio 25 cdno. ppal.).

De otra parte, resulta incontrovertible en este asunto que el señor Enrique Reyes Garzón, como él mismo lo sostiene en su declaración (folio 85, 84 y 83 cdno. No. 4) y en el capítulo de los hechos de la demanda (folio 46 cdno. ppal.), solicitó a la señora Cecilia Navarrete Rueda que retirara la escritura de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Honda en el evento de no haber sido registrada, lo que en efecto sucedió, con el objeto de "ajustar en el tiempo la legalidad del citado instrumento", según se expone en la presentación de los descargos (folio 97 cdno. No. 4). A estos hechos hace referencia Miryam Ospina de Linares en su declaración (folios 79 y 80 *ibídem*). Y a folio 75 *ibídem* consta la comunicación de mayo 18 de 1988 suscrita por la empleada de la Notaría Cecilia Navarrete Rueda, dirigida al Registrador de Instrumentos Públicos, en la cual se pide se devuelva la escritura que se sometió a

turno para registro el día anterior, por petición telefónica hecha por el señor Enrique Reyes Garzón, quien no desea se siga con el proceso de registro.

En lo atinente a la designación como Notaria *ad-hoc* de la señora Carmenza Campos de Chaux (folio 53 *ibídem*) se tiene que el actor formalizó su solicitud al respecto por oficio de mayo 23 de 1988 dirigido a la Superintendencia de Notariado y Registro, la cual se produjo mediante resolución No. 2427 de la misma fecha, cuando las escrituras ya habían sido autorizadas por esa funcionaria en su condición de Notaria Encargada, error en el que incurre ésta y el demandante, desconociéndose así el artículo 68 del decreto 2148 de 1983, no siendo explicable que el señor Reyes Garzón con la experiencia notarial de varios años con que contaba, no hubiera tenido en cuenta con la debida antelación dicha circunstancia para evitar tropiezos jurídicos en la tramitación legal de las escrituras, lo cual vino a desencadenar los hechos que posteriormente originaron el proceso disciplinario llevado a cabo contra tales funcionarios de la Notaría Unica del Círculo de Honda –Tolima–.

En la declaración rendida por el señor Pablo Méndez Barajas (folios 223 y 224 *ibídem*) afirma que "el doctor Reyes no me informó si el instrumento se encontraba en trámite o ya había sido autorizado" (folio 223 *ibídem*). Y Guillermo Portilla Pinzón sostiene que "En ningún momento manifestó el señor Nòtario que se tratara de instrumentos en trámite y menos aún que estuvieran autorizados" (folio 222 *ibídem*).

Sobre el tópico, como se destaca en la parte considerativa de la resolución acusada No. 1788 del 19 de abril de 1990 (folio 33 cdno. ppal.), las declaraciones de los mencionados funcionarios de la Superintendencia "solamente acreditan que el notario formuló de manera verbal a los citados funcionarios, consulta atinente al otorgamiento y autorización de escrituras por parte del Notario *ad-hoc,* sin que pueda inferirse de su respuesta, instrucciones que hubiesen conducido a la comisión de las irregularidades sancionadas; en relación con este punto debe señalarse además que el notario es autónomo en el ejercicio de su función, de tal forma que no le es dado invocar como justificante de su actuación concepto impartido por funcionario alguno de esta entidad".

Los artículos 22 y 102 del decreto 960 de 1970, invocados en el pliego de cargos (folio 37 cdno. No. 4), disponen, respectivamente, que la escritura autorizada por el Notario, y que fue lo que sucedió en el caso *sub-júdice,* se anotará en el libro de relación, con lo cual se considerará incorporada en el protocolo, aunque materialmente no se haya formado aún el tomo correspondiente; así mismo, que una vez autorizada la escritura, cualquier corrección que quisieren hacer los otorgantes deberá consignarse en instrumento separado con todas las formalidades indispensables y por las personas que intervinieron en el instrumento corregido, debiéndose tomar nota en este de la escritura de corrección.

Este era, pues, el trámite legal que debió seguirse en este asunto, ya que en el presente caso no se trataba de un instrumento inexistente, a la luz de lo dispuesto en los artículos 100 del decreto 960 de 1970 y 47 del decreto 2148 de 1983.

Como se dice en la resolución No. 0966 del 2 de marzo de 1990 (folio 25 cdno. ppal.) "en lo que sí no puede existir duda, es del procedimiento que debía aplicarse para corregir errores en los instrumentos, y que el notario en su calidad de tal no podía desconocer. Si era esa su certeza, ha debido otorgar otro instrumento pero no ordenar la enmienda o cambio a su arbitrio de la escritura comentada, pues ya se había cumplido las etapas que la ley exige para su perfeccionamiento".

Incurrió, el actor en la conducta consagrada en el ordinal 8 del artículo 198 del decreto 960 de 1970, consistente en omitir el cumplimiento de los requisitos sustanciales en la prestación de los servicios a cargo de los notarios, siendo grave la falta que se cometió, pues ella atenta contra la majestad, dignidad y eficacia del servicio notarial; además, el demandante registraba antecedentes disciplinarios en su hoja de vida, como consta en el proceso (cuadernos Nos. 2 y 3).

Concluye por consiguiente la Sala, que en el caso *sub-exámine* los actos administrativos acusados no infringieron la ley ni fueron proferidos con falsa motivación, como lo plantea la parte actora en el escrito introductorio.

Tampoco está demostrado en autos que la destitución del señor Enrique Reyes Garzón del empleo de Notario Unico del Círculo de Honda –Tolima– se hiciera con el fin de obtener por vínculos de amistad, que el Superintendente de Notariado y Registro designara en reemplazo del actor a la señora Miryam Ospina de Linares, acorde con los planteamientos hechos al respecto en el libelo, según los cuales "si nos atenemos a las denuncias de la prensa a la opinión pública como es, el hecho de que en los últimos meses de su Administración el Señor Superintendente se dedicó en forma sistemática a conseguir que sus más cercanos amigos y colaboradores fuesen nombrados como notarios en diversas ciudades del país..." (folios 57 y 58 *ibídem*).

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 4 de septiembre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del proceso incoado por el señor Enrique Reyes Garzón en orden a obtener la nulidad de las resoluciones Nos. 3240 del 22 de agosto de 1989, 0966 del 2 de marzo de 1990 y 1788 del 19 de abril del mismo año dictadas por la Superintendencia de Notariado y Registro, mediante las cuales el actor fue destituido del cargo de Notario Unico del Círculo de Honda –Tolima–.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y UNA VEZ EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA, DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el siete (7) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna* (ausente), *Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SUBSIDIO FAMILIAR–Definición/**PRESTACION SOCIAL/SUBSIDIO**–En Dinero/**SUBSIDO**–En Especie/**SUBSIDIO**–En Servicio/**TRABAJADORES–Derechos**

El artículo 1o. de la Ley 21 de 1982 define el subsidio familiar como una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a que tienen derecho los trabajadores de medianos y menores recursos, de acuerdo al mínimo de personas a cargo.

CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR–Consejos Directivos/**REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES/SUBSIDIO FAMILIAR/BENEFICIAROS**

El artículo 1o. de la Ley 21 de 1982 define el subsidio familiar como una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a que tienen derecho los trabajadores de medianos y menores recursos, de acuerdo al mínimo de personas a cargo.

TRABAJADORES/SUBSIDIO FAMILIAR EN DINERO/SUBSIDIO FAMILIAR EN ESPECIE/SUBSIDIO FAMILIAR EN SERVICIOS/BENEFICIARIOS

Cuando las disposiciones se refieren a los trabajadores beneficiarios del subsidio familiar en dinero, los supone como beneficiarios de esa prestación en sus dos modalidades siguientes, en especie y en servicios.

CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR/CONSEJO DIRECTIVO–Miembro/**CONSEJERO/REPRESENTACION DE LOS TRABAJADORES**–Finalización/**RELACION LABORAL**–Extinción/**BENEFICIARO**–Inexistencia

En cuanto a que extinguida la relación laboral se pierda la investidura de "Consejero" ante una Caja de Compensación Familiar, parece una circunstancia perfectamente normal pues dicha persona deja igualmente de ser beneficiario del Subsidio Familiar y de representar los intereses de quienes perciben dicha prestación social.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 5935. Decretos del Gobierno. Actor: Confederación General del Trabajo "CGT".

LA CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO "C.G.T.", solicitó a esta Corporación decretar**la nulidad** del Decreto No. 1531 de 12 de julio de 1990 mediante el cual se reglamentan los artículos 3 de la Ley 31 de 1984 y 79 de la Ley 21 de 1982 sobre subsidio familiar, por considerar básicamente que el decreto acusado tiene en cuenta únicamente la representación de los trabajadores de las Cajas de Compensación Familiar respecto de quienes perciben el subsidio familiar en dinero, con exclusión de aquellos trabajadores que lo disfrutan únicamente en especie y servicios, discriminación que no hizo la Ley 21 de 1982.

También considera la actora que el decreto contempla la pérdida de la calidad del representante de los trabajadores ante las Cajas cuando al finalizar su vinculación laboral, sin discriminar si esta ocurre por culpa del patrono, evento en el cual debe ir la calidad de representante, hasta el vencimiento del período para el cual fue nombrado (art. 13).

Igualmente, advierte la demanda que el decreto le quita a las minorías la posibilidad de hacer parte de las juntas directivas de las Cajas, a que se refiere el artículo 11 del Decreto 1531.

Sobre estas dos últimas acusaciones, es decir, tanto al artículo 11 como al artículo 13, la actora no indicó ninguna clase de normas violadas, ni explicó el concepto de su violación.

Aunque la admisión de la demanda fue notificada a la Presidencia de la República y al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y se presentó al proceso la Superintendencia del Subsidio Familiar, la demanda no fue contestada, ni se presentó alegato alguno.

CONSIDERACIONES:

1) Como ya se advirtió la controversia se contrae a definir si el acto acusado por referirse únicamente a los trabajadores beneficiarios del subsidio familiar en dinero, contraría la Ley 21 de 1982, pues a juicio de la actora, excluye de la representación ante las Cajas de Subsido Familiar a los empleados que se benefician del subsidio en especie y servicios.

2) El artículo 1o. de la Ley 21 de 1982 define el subsidio familiar como una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a que tienen derecho los trabajadores de medianos y menores recursos, de acuerdo al mínimo de personas a cargo.

3) Textualmente dicen estas disposiciones:

> ARTICULO 1o.– El **subsidio familiar** es una **prestación social pagadera** en **dinero, especie** y **servicios** a los trabajadores de **medianos y menores ingresos,** en proporción al número de personas a cargo y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.
>
> Parágrafo.– Para la reglamentación, interpretación y, en general, para el cumplimiento de esta ley **se tendrá en cuenta** la presente definición de subsido familiar.

Por su parte el artículo 18 describe a los beneficiarios del subsidio señalando los requisitos que deben cumplir para ser acreedores a esta prestación.

Textualmente dice este precepto:

> ARTICULO 18.– **Son beneficiarios** del régimen del subsidio familiar los trabajadores al servicio de los empleadores señalados en el artículo séptimo que, además, reúnan los siguientes requisitos:
>
> 1o. Tener el carácter de permanente;
>
> 2o. Encontrarse dentro de los límites de remuneración señalados en el artículo 20;
>
> 3o. Haber cumplido los requisitos de tiempo trabajados indicados en el artículo 23, y
>
> 4o. Tener personas a cargo, que den derecho a recibir la prestación, según lo dispuesto en el capítulo IV de esta ley.

De otra parte, el artículo 3o. de la Ley 31 de 1984 dice que los representantes de los trabajadores ante los Consejos Directivos de las Cajas de Compensación Familiar serán los beneficiarios directos del subsidio familiar y no cualquiera de sus beneficiarios indirectos.

Textualmente expresa esta disposición:

> "El artículo 52 de la Ley 21 de 1982, quedará así: Los representantes de los trabajadores beneficiarios, serán escogidos por el Ministerio de Trabajo de listas que le pasarán las Centrales Obreras con personería jurídica reconocida. Los representantes de los trabajadores serán beneficiarios **directos** del Subsidio Familiar en la respectiva caja" (se destaca).

4) De la lectura de las anteriores normas, se observa con absoluta claridad que el trabajador o empleado cuando reúne las condiciones para ser beneficiaro del subsidio familiar en dinero, lo es también para percibirlo en especie y servicios.

Se concluye de las disposiciones transcritas que cuando las disposiciones se refieren a los trabajadores beneficiarios del subsidio familiar en dinero, los supone como beneficiarios de esa prestación en sus dos modalidades siguientes, en especie y en servicios.

7) Entendido el subsidio familiar como una prestación pagadera en su triple acepción de dinero, especie y servicios, se concluye que el acto acusado no viola las Leyes 21 de 1982 y 31 de 1984 y por lo tanto, no están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda por este aspecto.

8) La acusación a los artículos 11 y 13 del Decreto 1531 de 1990, carece de los suficientes elementos de juicio de inconformidad en virtud de que la parte actora no indicó las normas violadas ni el concepto de su violación.

9) Sin embargo, por tratarse del ejercicio de la acción de simple nulidad, y una vez realizado el cotejo entre las Leyes 21 de 1982 y 31 de 1984 frente a esos dos preceptos, se concluye que no existe violación de la ley, por cuanto el reglamento en el artículo 11 lo que exige en síntesis es que los candidatos que presenten las asociaciones sindicales tengan una representatividad frente a los beneficiarios del subsidio familiar. Basta leer el texto del acto acusado para llegar a esta consideración.

Literalmente dice este artículo:

"ARTICULO 11. Cuando una **Central Obrera presente** como candidatos a trabajadores pertenecientes a la propia Central o a una Asociación de primero o segundo grado **deberá demostrar** que la respectiva organización empleadora **tiene**

proporcionalmente **el número de beneficiarios correspondientes** al 10% por candidato, con respecto **al total** de los beneficiarios del Subsidio Familiar de toda la corporación".

10) En cuanto a que extinguida la relación laboral se pierda la investidura de "Consejero" ante una Caja de Compensación Familiar, parece una circunstancia perfectamente normal pues dicha persona deja igualmente de ser beneficiario del Subsidio Familiar y de representar los intereses de quienes perciben dicha prestación social.

De acuerdo a lo anterior, se concluye que 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,

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda promovida por la Confederación General del Trabajo "C.G.T.", respecto de la nulidad del D.R. 1531 de 1990.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE, Y UNA VEZ EJECUTORIADO ARCHÍVESE EL EXPEDIENTE.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión del siete (7) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna* (ausente), *Carlos Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CORPORANONIMAS–Naturaleza Jurídica/**CORPORACION/DERECHO PRIVADO/JURISDICCION COACTIVA**–Incompetencia/**MODERNIZACION DEL ESTADO/ESTABLECIMIENTO PUBLICO**

La Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades no puede calificarse como un establecimiento público, ni como una entidad descentralizada indirecta, sino que tal como fue reconocida su personería jurídica, se trata de una corporación de derecho privado sin ánimo de lucro y por ello no goza de la prerrogativa de cobrar los créditos a su favor por la vía de la jurisdicción coactiva. Conviene señalar que a partir de la vigencia del Decreto 2156 de 30 de diciembre de 1992, expedido con base en las facultades conferidas transitoriamente por el artículo 20 de la C.P. de 1991 al Presidente de la República, la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades, Corporanónimas, es un establecimiento público del orden nacional.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 6080. Autoridades Nacionales. Actor: Marco F. Suárez N.

MARCO FIDEL SUAREZ NIÑO, solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarara que existió una relación laboral de derecho público entre él y la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades "CORPORANONIMAS" y que era nula la Resolución No. 708 del 23 de julio de 1984, suscrita por el Presidente de la Junta Directiva de dicha Corporación y mediante la cual fue declarado insubsistente su nombramiento como Director General de Corporanónimas.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo mediante fallo se declaró inhibido para fallar por estimar que de acuerdo con la providencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de 2 de febrero de 1990, Expediente 2119, con ponencia de la Doctora Consuelo Sarria Olcos, la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades "CORPORANONIMAS", era una entidad de derecho privado, y por lo tanto el actor no era empleado público, y por consiguiente a esta jurisdicción no le correspondía decidir sobre la legalidad del acto acusado.

Dijo el Tribunal al respecto:

> "Siendo la demandada, como en efecto lo es, una Corporación de Derecho Privado, se impone, como segunda conclusión, el fallo inhibitorio, por falta de Jurisdicción, porque como se insinuó más arriba, el demandante no era un empleado público. Estando, valga subrayarlo, sujeto en materia laboral al régimen de derecho privado.
>
> Bastaría agregar que si bien es cierto que una corporación de derecho privado como la demandada se rige por lo previsto en sus estatutos, pues son ley para los socios, no es menos cierto que éstos en materia laboral no pueden ir contra lo regulado expresamente por el legislador".

EL RECURSO

La parte actora interpuso el recurso de apelación contra la anterior sentencia por estima que ésta jurisprudencia no se podía acoger de inmediato, pues la Sección Priemra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca le había reconocido a "CORPORANONIMAS" la calidad de entidad de derecho público según lo dijo en fallo de 25 de septiembre de 1987, Expediente 85-12253, con Ponencia del Dr. Luis A. Medina Bermúdez.

Señaló igualmente el actor, que el propio Presidente de "CORPORANONIMAS" luego de un pormenorizado estudio, cuya copia anexa, llegó a la cónclusión de que dicha entidad era un establecimiento público. Agrega que con base en esta situación él solicitó al Ministro de Justicia, se abstuviera en el futuro de seguir aprobando reformas a los estatutos de ésta Corporación por tratarse de un establecimiento público.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso ante el Consejo de Estado solicita se confirme el fallo por estimar que efectivamente "CORPORANONIMAS", es una entidad de derecho privado, y fue así como el Ministerio de Gobierno le reconoció

Personería Jurídica a tal organismo mediante Resolución No. 97 de 1946, la cual fue modificada mediante Resolución No. 5196 de 1979 (folio 70 V).

Dijo la Fiscalía en uno de sus apartes:

"El solo hecho de que la **Corporación demandada haya requerido del reconocimiento de su personalidad,** es demostrativo de que para su creación, **no existió** autorización estatal o acto legal, sino que nació al mundo jurídico por iniciativa particular.

3o.– La Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades "CORPORANONIMAS", **no** es un establecimiento público, porque no existe ley alguna, o acto con fuerza legal que le otorgue **tal naturaleza** y, es obvio, que una Corporación **creada a iniciativa particular,** con personería jurídica propia, reconocida por el Estado, no pueda hacer parte de la estructura orgánica de éste".

CONSIDERACIONES

1) Sobre la naturaleza jurídica de "CORPORANONIMAS" el artículo 2o. de sus estatutos aprobados mediante Resolución No. 5196 de 1979 del Ministerio de Justicia dijo lo siguiente:

ARTICULO SEGUNDO.– Corporanónimas es una entidad de derecho social, con **Personería Jurídica reconocida** mediante Resolución No. 97 del 26 de marzo de 1946, emitida por el Ministerio de Gobierno y ratificada su existencia mediante los Decretos 142 de enero 23 de 1951, 1631 de julio 13 de 1961, 3163 de diciembre 26 de 1968 y 638 de 1968 y 638 de abril 10 de 1974.

2) El artículo 6o. del D. L. 142 de 1951 sobre esta entidad expresó:

"Art. 6o. Las disposiciones del presente decreto no se oponen a que continúe funcionando **la Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas (Corporanónimas)** con el fin exclusivo de atender las prestaciones sociales en la LEY.

El costo total de estas prestaciones correrá a cargo de la Superintendencia, para lo cual apropiará en sus presupuestos la partida anual correspondiente".

3) El artículo 26 del D. 1631 de 1961:

Art. 26. El reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los empleados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, se hará por medio de la Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas

"Corporanónimas", **entidad** con PERSONERIA JURIDICA RECONOCIDA, conforme a sus estatutos y las disposiciones de su Sala de Gobierno".

4) El artículo 23 del D. 3163 de 1968 dijo:

Art. 23. La prestación de los servicios médicos, asistenciales y odontológicos del personal de la Superintendencia y el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, a favor de dicho personal se **regirán por las normas vigentes a la fecha** de expedición de este decreto. Conforme a lo establecido en el presente artículo, la Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas "Corporanónimas" continuará funcionando con el fin de atender las prestaciones sociales del personal al servicio de la Superintendencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el Decreto 3118 de 1968 sobre el Fondo Nacional del Ahorro".

5) El artículo 6o. del D. 638 de 1974 expresó:

Art. 6o. De las prestaciones sociales y asistenciales de los empleados de la Superintendencia.

El reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y la prestación de servicios médicos, quirúrgicos, obstétricos, de laboratorio, odontológicos, hospitalarios y farmacéuticos a favor del Personal de la Superintendencia de Sociedades, se regirán por las **normas vigentes** a la fecha de expedición de este Decreto. Conforme a lo establecido en el presente artículo, la Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades "Corporanónimas" continuará funcionando con el fin de atender al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y asistenciales de que hoy gozan los empleados de la Superintendencia de Sociedades conforme a las disposiciones legales y a sus propios estatutos".

Como puede observarse del texto de las anteriores disposiciones, la ley no le confirió expresamente a "CORPORANONIMAS" la calidad de establecimiento público, requisito indispensable conforme a lo previsto en el artículo 76 de la Constitución Nacional de 1886 vigente cuando se expidió la anterior legislación y al artículo 150-7 de la actual Carta Política de 1991.

6) "CORPORANONIMAS", por carecer de autorización legal para actuar como establecimiento público tuvo que obtener el reconocimiento de su Personería Jurídica según consta en el proceso. La Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, al respecto expresó lo siguiente:

"MINISTERIO DE JUSTICIA, OFICINA JURIDICA.

La suscrita, Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, en atención a la solicitud que precede,

CERTIFICA:

1o. Que por resolución No. 97 de 1946, publicada en el Diario Oficial No. 26.093 del mismo año, **se reconoció personería jurídica a la entidad originalmente** denominada **"Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, Corporanónimas"**, con domicilio en Bogotá, nombre que posteriormente y mediante Resolución No. 5196 del 26 de diciembre de 1979 **cambió** por el de "CORPORACION SOCIAL DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES **"CORPORANONIMAS"**, y,

"(...)"

Expedido en Bogotá, D.E., 25 Sept. de 1994

MARINA NAGED DE TORRES

JEFE OFICINA JURIDICA"

7) Sobre la naturaleza jurídica de esta entidad, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Cuarta, con ponencia de la Dra. Consuelo Sarria Olcos, Expediente 2119, en providencia de 2 de febrero de 1990, dijo:

"La Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades "CORPORANONIMAS" **fue creada por la iniciativa de los empleados de la entonces Superintendencia de Sociedades Anónimas** y su personería jurídica le fue reconocida mediante la Resolución No. 97 de 1946 del Ministerio de Justicia, como entidad de derecho privado sin ánimo de lucro.

Por su parte la Superintendencia de Sociedades Anónimas, mediante Resolución 261 de 1940 proferida por el señor Superintendente creó el fondo de previsión para el personal de la Superintendencia y en su artículo 2o. dispuso que:

ARTICULO SEGUNDO. **El fondo** de previsión será administrado **por la Caja –Asociación de los Empleados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas** (Fondo de Previsión)– cuyos estatutos fueron debidamente aprobados por esta Superintendencia el tres de los corrientes, y de acuerdo con lo que en ellos se dispone sobre el particular...

Diferentes normas posteriores se refirieron a la Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, CORPORANONIMAS: así, **el Decreto 142 de 1951,** por el cual se reguló el régimen presupuestal de la Superintendencia, **el Decreto 1631** de 1968, el **Decreto 638 de 1974** por el cual se revisó la organización administrativa de la Superintendencia de Sociedades y en todas ellas, se reitera que dicha entidad, estará encargada de la

atención de prestaciones sociales y asistenciales del personal al servicio de la Superintendencia de Sociedades.

Dichas normas, posteriores todas a la creación de la entidad, **no contienen la voluntad legislativa de crear una entidad de carácter público,** sino que simplemente están convalidando el procedimiento seguido de creación de una entidad **con el carácter de corporación privada sin ánimo de lucro,** a la cual por medio de una resolución del Superintendente se le da la calidad de administradora de un fondo prestacional. **Y es que si no existieran dichas normas,** esa persona jurídica de carácter privado, **no podría** realizar funciones relacionadas con las prestaciones sociales y asistenciales de los servidores de la Superintendencia de Sociedades.

Pero en **ninguna de las disposiciones se concreta la voluntad del legislador de crear un establecimiento público,** como lo alega el señor apoderado de la Superintendencia y en efecto, **ni las normas citadas ni en sus propios estatutos** ha sido calificada ni definida como establecimiento público, sino por el contrario **en ellos se ve la voluntad** de mantenerla sometida a un régimen diferente del propio de dichas entidades; **y ni siquiera,** en cumplimiento del mandado expreso, contenido en el Decreto 3130 de 1968, artículo 45, según el cual en un plazo perentorio, las entidades descentralizadas debían reformar sus estatutos para adecuarse a la tipificación de las entidades descentralizadas y al régimen jurídico previsto para cada una de ellas, **se definió** como establecimiento público y **por el contrario,** en la **última reforma** de estatutos, hecha en el año de 1984, **se le calificó como una "entidad de carácter social".** Dicha reforma estatutaria fue sometida al trámite propio de las personas jurídicas privadas y fue aprobada mediante Resolución 345 de 1985 proferida por el señor Ministro de Justicia.

En dichos estatutos se mantuvo, entonces, tanto material como formalmente, su carácter de corporación privada.

Por otra parte, **no encuenra la Sala** que el hecho de que la **Ley 6a. de 1945** hubiera consagrado para las corporaciones ya existentes, la posibilidad de que se fusionaran con la Caja Nacional de Previsión o que actuaran independientemente, pueda considerarse como fundamento para afirmar que la corporación en cuestión es un establecimiento público, pues dicha disposición no se refiere a la naturaleza jurídica de las entidades en cuestión, sino a la forma como podían cumplir con sus funciones.

Y tampoco el Decreto 434 de 1971 permite afirmar que CORPORANONIMAS sea un establecimiento público, cuando establece que las entidades de previsión, creadas por ley, son establecimientos públicos, porque

dicha norma se refiere a las entidades creadas por la ley y **la citada corporación no tuvo origen legal.** Pero, además, si se llegare a aceptar lo anterior, ello ha debido reflejarse en las reformas estatutarias pertinentes, lo cual no se hizo. Por ello **llama la atención de la Sala** que siempre se haya considerado a CORPORANONIMAS como una persona jurídica privada, no sometida al régimen jurídico de los establecimientos públicos inclusive después de la reforma administrativa de 1968, cuando se precisaron los conceptos de entidades descentralizadas y después de la vigencia del invocado Decreto 434 de 1971 y ahora se pretende calificarla como tal.

De conformidad con el artículo 76 ordinal 9o. de la Constitución Nacional, es al legislador a quien corresponde la creación de establecimientos públicos del nivel nacional y de acuerdo con lo anteriormente expuesto la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades **tuvo su origen en la voluntad de unos servidores públicos y no existe norma alguna que contenga la voluntad del legislador** de crear un establecimiento público, sometido a normas de derecho público.

Por todo lo anterior, **no es posible desde el punto de vista jurídico, calificar como establecimiento público a la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades, pero tampoco, a juicio de la Sala, puede considerarse como una entidad descentralizada indirecta.**

En efecto, la Superintendencia de Sociedades, de acuerdo con la naturaleza jurídica propia de las superintendencias, es una entidad adscrita a uno de los organismos principales de la administración, no tiene personalidad jurídica propia y según la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia es una dependencia del ministerio al cual se encuentra adscrita.

De acuedo con esa naturaleza jurídica, **para la Superintendencia no es posible la creación, por sí y ante sí de una entidad descentralizada indirecta porque para ello se requiere la participación de una entidad descentralizada de primer grado,** y porque si se entiende que es la nación la que la crea, no lo puede hacer sola y directamente, pues como ya se anotó, dicha facultad corresponde al legislador. **La Superintendencia** como tal no es una entidad descentralizada con vida jurídica propia y **no tiene capacidad para crear nuevas entidades,** ya que para ello, además **se requiere la expresa autorización legal.**

Por todo lo anterior, considera la Sala, que la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades **no puede calificarse como un establecimiento público, ni como una entidad descentralizada indirecta,** sino que tal como fue reconocida su personería jurídica, **se trata de una corporación**

de derecho privado sin ánimo de lucro y por ello no goza de la prerrogativa de cobrar los créditos a su favor por la vía de la jurisdicción coactiva". (se destaca)

8) Como la Sala comparte a plenitud la providencia transcrita, el fallo recurrido deberá confirmarse.

9) Finalmente, conviene señalar que a partir de la vigencia del D. 2156 de 30 de diciembre de 1992, expedido con base en las facultades conferidas transitoriamente por el artículo 20 de la Constitución Política de 1991 al Presidente de la República, la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades, Corporanónimas, es un establecimiento público del orden nacional.

Sin embargo, como este decreto carece de efectos retroactivos y por lo tanto no regía en la fecha en que se expidió el acto acusado que lo fue el día 28 de julio de 1984, esta jurisdicción no puede pronunciarse en el fondo de las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de 15 de marzo de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en demanda promovida por MARCO FIDEL SUAREZ NIÑO.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

En firme el presente proveído, devuélvase al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión del catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

COLPUERTOS–Junta Directiva/**ACUERDO/PRESTACIONES SOCIALES**–Creación/**EMPLEADOS PUBLICOS/LEGISLADOR/COMPETENCIA**

La Junta Directiva de COLPUERTOS en el Acuerdo 0015 de 1990 fijó las normas generales para el pago y reconocimiento de las prestaciones sociales de sus empleados públicos, circunscribiendo a éstos su campo de aplicación, enumerando las prestaciones a que tienen derecho y las condiciones y requisitos para el reconocimiento y pago de cada una de ellas. En estas condiciones, es incuestionable como lo observó la Sala al decretar la suspensión provisional que el acto impugnado transgrede flagrantemente el artículo 76 de la Carta Política de 1886, puesto que el órgano que lo expidió se arrogó una competencia que esta norma reservó exclusivamente y privativamente al legislador ordinario o extraordinario, lo cual determina la procedencia de declarar su nulidad, pues sólo una norma con fuerza de ley podía establecer el régimen prestacional de los empleados públicos. ANULASE EN SU TOTALIDAD el Acuerdo 0015 de 9 de octubre de 1990, proferida por la Junta Directiva Nacional de la Empresa Puertos de Colombia, por el cual se fijó el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos de dicha empresa.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 5442. Autoridades Nacionales. Actor: La Nación – Contraloría General de la Nación.

La Nación – Contraloría General de la República por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción pública de nulidad, presentó demanda ante esta Corporación el 30 de noviembre de 1990 solicitando la declaratoria de nulidad del Acuerdo No. 0015 de 9 de octubre de 1990 expedido por la Junta Directiva Nacional de la Empresa Puertos de Colombia, por el cual se fijó el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos de esa entidad.

Como disposiciones acusadas la parte actora cita los artículos 20 y 76 numeral 9 de la Constitución Política de 1886, el 14 del Decreto 3135 de 1968, 4o. y 5o. del Decreto 1045 de 1978, los cuales estima infringidos en virtud de que conforme con lo preceptuado en el numeral 9o. del artículo 76 de la mencionada Carta Política, solo el Congreso de la República por medio de leyes ostentaba la competencia para establecer el régimen de prestaciones de los empleados públicos; por tanto, la Junta Directiva de la empresa Puertos de Colombia no podía válidamente determinar dicho régimen para sus empleados públicos, por lo cual el acto acusado infringe abiertamente el referido precepto constitucional y de contera el artículo 20 *ibídem*, que establece la responsabilidad de los empleados públicos, ya que los miembros de la Junta produjeron una determinación contraria a los mandatos constitucionales.

Igualmente, la parte actora estima que se infringen las normas citadas de los decretos mencionados que determinan las prestaciones sociales a cargo de las entidades de previsión social (artículo 14 del Decreto 3135 de 1968 y 5o. del Decreto 1045 de 1978) y el mínimo de derechos y garantías para los trabajadores oficiales (artículo 4o. Decreto 1045 de 1978).

Por auto de 16 de septiembre de 1991 se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional del acuerdo acusado, toda vez que éste "fija el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos de dicha empresa, lo cual, evidentemente, es violatorio del numeral 9 mencionado, como lo denuncia la parte demandante. Además, observa la Sala que tal violación no fue desvirtuada con la nueva Constitución Política, según la cual, conforme a la ley, el régimen prestacional lo fijará el Gobierno" (folio 60).

La anterior decisión fue confirmada por esta Sala el 13 de noviembre de 1991 (folios 94 a 97).

La Procuraduría Judicial Quinta ante el Consejo de Estado, se abstuvo de emitir concepto de fondo.

Entra la Sala a resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Como es bien sabido, la Empresa Puertos de Colombia era una Empresa Industrial y Comercial del Estado; consiguientemente, de conformidad con los postulados del

artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 las personas que en ella prestaban sus servicios eran trabajadores oficiales, salvo las que desempeñaran aquellas funciones de dirección o confianza que de acuerdo con sus estatutos debieran ser cumplidas por empleados públicos.

De acuerdo con lo previsto en el numeral 9) del artículo 76 de la Constitución de 1886, bajo cuya vigencia se expidió el acto acusado, al Congreso de la República, por medio de leyes, le correspondía determinar el régimen prestacional de los servidores públicos.

La junta Directiva de Colpuertos en el Acuerdo 0015 de 1990 fijó las normas generales para el pago y reconocimiento de las prestaciones sociales de sus empleados públicos, circunscribiendo a éstos su campo de aplicación, enumerando las prestaciones a que tienen derecho y las condiciones y requisitos para el reconocimiento y pago de cada una de ellas.

En estas condiciones, es incuestionable como lo observó la Sala al decretar la suspensión provisional, que el acto impugnado transgrede flagrantemente el artículo 76 de la Carta Política de 1886, puesto que el órgano que lo expidió se arrogó una competencia que esta norma reservó exclusivamente y privativamente al legislador ordinario o extraordinario, lo cual determina la procedencia de declarar su nulidad, pues solo una norma con fuerza de ley podía establecer el régimen prestacional de los empleados públicos.

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:

Anúlase en su totalidad el Acuerdo 0015 de 9 de octubre de 1990, proferida por la Junta Directiva Nacional de la Empresa Puertos de Colombia, por el cual se fijó el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos de dicha empresa.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

El anterior proyecto fue discutido y aprobado por la Sala en sesión celebrada el catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

COMPAÑERA PERMANENTE–Fallecimiento/**FUERZAS MILITARES/ PRESTACIONES SOCIALES/PENSION DE INVALIDEZ/SUSTITUCION PENSIONAL/BENEFICIARIOS**

Cuando se produjo el deceso del compañero permanente de la actora, el régimen prestacional de los militares se encontraba sometido a una normatividad especial, y para el caso específico objeto de controversia, la disposición aplicable era el artículo 5o. del Decreto 1305 de 1975, el cual no consagra el derecho de la compañera permanente al reconocimiento de la sustitución pensional, ya que el referido precepto señala que a falta de esposa e hijos beneficiarios, la respectiva prestación corresponde a los padres legítimos o naturales del causante. DECLARA LA NULIDAD de las Resoluciones 4961 de 7 de julio y 7996 de 18 de octubre de 1989 del Ministerio de Defensa Nacional.

PENSION DE JUBILACION/PENSION DE VEJEZ/PENSION DE INVALIDEZ/SUSTITUCION PENSIONAL/COMPAÑERA PERMANENTE/BENEFICIARIA/PENSIONADO/PENSION/DERECHO ADQUIRIDO/ INTERPRETACION LEGAL

Desde la Ley 33 de 1973 las pensiones de jubilación, invalidez y vejez eran sustituibles en la viuda y sus hijos menores o incapacitados; la Ley 12 de 1975 extendió el derecho a la sustitución de la pensión de jubilación a la compañera permanente del empleado o trabajador y la Ley 113 de 1985, sin distinguir a qué tipo de pensión se refería, dispuso que el "derecho de sustitución procede tanto cuando el trabajador estaba pensionado como cuando había adquirido el derecho a la pensión". La Ley 113 de 1985 por sus términos y por la exposición de motivos que la precedió, ha sido considerada por la Sala como interpretativa de la Ley 12 de 1975, es decir, aplicable desde la vigencia de ésta, pues lo que vino fue a clarificar los términos oscuros en

que fue dictada la Ley 12. DECLARA LA NULIDAD de las Resoluciones 4961 de 7 de julio y 7996 de 18 de octubre de 1989 del Ministerio de Defensa Nacional.

PENSION–Régimen/**COMPAÑERA PERMANENTE/SUSTITUCION PENSIONAL/PENSIONADO**–Fallecimiento/**VIUDA/SERVIDORES PUBLICOS/ LEY MAS FAVORABLE/FUERZAS MILITARES/PRINCIPIO DE IGUALDAD/SECTOR PUBLICO**

Dentro del régimen común de pensiones, a partir de la Ley 12 de 1975 la compañera permanente tuvo derecho a que se le sustituyera la pensión que venía disfrutando su compañero fallecido. así se tratara de una pensión de jubilación, de invalidez o de vejez; no cabe hacer distinción entre una y otra por la circunstancia de que en la Ley 12 de 1975 se hubiere hecho referencia a la de jubilación, porque ello resulta contrario a la lógica que debe presidir una correcta interpretación de las normas, si se tiene en cuenta que sería absurdo concluir que podía sustituirse una pensión adquirida por tiempo de servicios y edad y no por razón de una incapacidad para trabajar; en los dos casos, fallecido el pensionado, su viuda o compañera permanente y sus hijos quedan sin la fuente de sustento que es lo que ha pretendido evitar la legislación social, primero respecto a la viuda y los hijos y luego también a favor de la compañera o compañero permanente. Sentada esta premisa, habrá de decir la Sala que si tanto la Ley 12 de 1975 como la Ley 113 de 1985 se refirieron al régimen de pensiones del sector público, sin exclusión alguna, no hay duda que siendo más favorables sus prescripciones en esta materia que las regulaciones de las Fuerzas Militares, cabe aplicar el régimen general a los casos de sustitución de pensiones de servidores militares. Resultaría contrario a la Ley discriminar a las compañeras permanentes de los militares pensionados cuando la norma general estableció este beneficio para todo el sector oficial. DECLARA LA NULIDAD de las Resoluciones 4961 de 7 de julio y 7996 de 18 de octubre de 1989 del Ministerio de Defensa Nacional.

INDEXACION/MESADA PENSIONAL/PRESTACION PERIODICA/REAJUSTE PENSIONAL/REAJUSTE DE VALOR–Improcedencia

No se accederá a la indexación reclamada, por cuanto se trata de mesadas pensionales que son objeto de reajustes periódicos, mecanismo con el cual la ley ha procurado el mantenimiento del poder adquisitivo de la prestación. DECLARA LA NULIDAD de las Resoluciones 4961 de 7 de julio y 7996 de 18 de octubre de 1989 del Ministerio de Defensa Nacional.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 6113. Resoluciones Ministeriales. Apelación Sentencia. Actor: Mery Gonzalías Chara.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de 5 de julio de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca , mediante la cual fueron negadas las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES:

Mery Gonzalías Chara, por medio de apoderado, en ejercicio de la acción denominada hoy de nulidad y restablecimiento del derecho, pidió al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca la nulidad de las resoluciones Nos. 4961 del 7 de julio de 1989 y 7996 del 18 de octubre del mismo año, dictadas por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante las cuales se negó a la actora la solicitud de sustitución pensional, y que, como consecuencia, se condene a la Nación a reconocerle y pagarle a partir del 29 de julio de 1984, en adelante, cuatro años atrás de la petición inicial (29 de julio de 1988), la pensión de invalidez que disfrutaba del citado Ministerio el señor Luis Alberto Caicedo Landazury, incluyendo los reajustes que se hayan producido desde entonces; que se ordene a la Nación dar cumplimiento al fallo dentro del término indicado en los artículos 176 y 177 del C.C.A; que se condene a la Nación a pagar a la demandante, los intereses legales corrientes y moratorios devengados por el valor de las mesadas retroactivas entre el 29 de julio de 1984 y el día en que se efectúe el pago, si no se da cumplimiento al fallo dentro del término de 30 días fijado en el artículo 176 del citado Código; que se condene a la Nación a pagar a la actora, el reajuste por devaluación de la suma a que ascienda el retroactivo entre el 29 de julio de 1984el día en que se realice el pago, según la variación que haya sufrido en dicho término el índice de precios al consumidor, certificado por el DANE (folios 16 y 17 cdno. ppal.).

El Tribunal del Conocimiento al desatar la *litis* propuesta, manifestó, en síntesis, que a la actora a la fecha de producirse el evento en que se sustenta su petición de sustitución, es decir, al fallecimiento de su compañero permanente, acorde con el régimen legal especial aplicable al personal de las Fuerzas Armadas, no le asistía el legítimo derecho para acceder a dicha sustitución; que no le era aplicable la Ley 12 de 1975 por la existencia de un régimen prestacional especial que correspondía al personal adscrito al Ministerio de Defensa Nacional; que es innegable que con la expedición de la Ley 71 de 1988, los sistemas en materia de sustitución pensional fueron unificados,

tanto en el sector público en todos sus niveles como para el sector privado, pero sus disposiciones no pueden ser invocadas por la demandante como fundamento de su petición, ya que su promulgación se produjo el 19 de diciembre de 1988, muy posterior a la fecha en que hubiere podido surgir su pretendido derecho; es decir, la fecha del fallecimiento del ex soldado pensionado; que la imprescriptibilidad se da frente a la petición del derecho y no frente al surgimiento del derecho, pues este último surge en una fecha precisa, es decir, cuando se presenta la causa de la sustitución pensional, no con posterioridad a ese evento; que por consiguiente, debe aplicarse y respetarse las normas vigentes al momento de producirse el suceso que origina el derecho y no las vigentes cuando se formula la petición; que el principio de favorabilidad vigente en el campo laboral, no es de aplicación en el caso *sub-lite,* porque en el tiempo puede aplazarse la reclamación del derecho mas no el nacimiento del mismo, el cual se concede por ley, pero necesariamente ella debe estar vigente al momento de la producción del hecho que lo origina; que la ley no tiene efectos retroactivos, por regla general, y esa es otra razón para afirmar que la actora no puede invocar la Ley 71 de 1988 como base de su pretensión (folios 91 y 92 *ibídem*).

El apoderado de la parte demandante al sustentar el recurso de apelación, sostiene que la Ley 71 de 1988 únicamente se citó como argumento de autoridad, porque es el pensamiento del legislador plasmado en una norma vigente y obligatoria; que nada dice el fallo apelado de las copias que a título de argumento fueron anexadas con el alegato de conclusión. contentivas de las sentencias dictadas en esta materia por el Tribunal Administrativo de Bolívar y por el Consejo de Estado; que el legislador día a día reconoce y refuerza la validez de las relaciones entre concubinos, como en la Ley 54 de 1990 que definió las uniones maritales de hecho y les reconoció la existencia de un patrimonio común: que la legislación prestacional de carácter militar de los soldados es obsoleta y nada tiene que ver con la realidad del país: que el Decreto 1305 de 1975 cuenta con más de 15 años de vigencia y fue proferido a espaldas del avance que en la protección de los derechos de las uniones maritales de hecho ha tenido la legislación general que se aplica a todos los demás trabajadores del Estado y a los del sector privado: que todos los colombianos son iguales ante la ley, como lo dice la nueva Constitución Política de 1991, por lo que nos encontramos ante una injusticia muy grande que debe ser reparada por la administración de justicia; que así las cosas, la sentencia apelada debe ser revocada (folios 95, 96 y 97 *ibídem*)

Por su parte, la Procuraduría Novena Delegada en lo Contencioso ante el Consejo de Estado conceptúa que el fallo recurrido amerita ser confirmado, en razón a que en estricto sentido las peticiones reclamadas por la actora carecen de fundamento expreso (folio 116 *ibídem*), pues el derecho a la sustitución de la pensión, en el caso de la compañera o compañero permanente, opera solo en relación con la pensión de jubilación, ya que la ley 12 de 1975, expresamente señala que es para esa clase de prestación; que las pensiones de invalidez y vejez, no quedaron incluidas en los preceptos de la referida ley; que el régimen prestacional de los militares, para la época

del fallecimiento del compañero de la actora, estaba sometido a normatividad especial; que para el 8 de noviembre de 1980, fecha de fallecimiento del señor Caicedo Landazury, las normas legales vigentes eran los Decretos-Leyes 2337 a 2340 de 1971; que respecto de sustituciones permanentes, regía el Decreto 1305 de 1971; que de conformidad con el artículo 5o. de este último decreto, aplicable en este asunto, la compañera permanente no tiene derecho al reconocimiento de la sustitución pensional, porque este precepto indica que a falta de esposa e hijos beneficiarios, la prestación corresponde a los padres del Cujus; que una de las causas por la cual no nació el derecho reclamado por la actora, se debe a que su relación marital fue un vínculo de hecho, que por la voluntad del causante o de la demandante, o de ambos, decidieron no legitimar, para cubrirla con las previsiones que la ley determina para las parejas que constituyen un vínculo matrimonial de jure.

Agotado 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-júdice* la legalidad de los actos administrativos proferidos por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante los cuales se negó a la demandante su solicitud de reconocimiento de la sustitución de la pensión de invalidez del señor Luis Alberto Caicedo L., en su calidad de cumpañera permanente de éste.

Consta en autos, que el señor Luis Alberto Caicedo Landazury disfrutaba de una pensión de invalidez otorgada por el Ministerio de Defensa Nacional mediante Resolución No. 1015 de junio 7 de 1946 y que su fallecimiento se produjo el 8 de noviembre de 1980. (folios 99, 100 y 28 cdno.No. 3).

Aparece así mismo en el proceso que por Resolución No. 2096 de abril 23 de 1986, dicho Ministerio ordenó la sustitución de la citada prestación en favor de los hijos naturales reconocidos por el señor Luis Alberto Caicedo L. (folios 56, 57 y 58 *ibídem*), cuyas cuotas pensionales correspondientes a tales beneficiarios se extinguieron luego, en virtud de que adquirieron su mayoría de edad (folio 1o. cdno. No. 4).

Ahora bien, la Sala está de acuerdo con lo expuesto por el Tribunal en cuanto a que de conformidad con la legislación especial de las Fuerzas Militares vigente al momento del deceso del pensionado, la compañera no tenía derecho a que se le sustituyera la pensión de su compañero.

En efecto, para cuando se produjo el deceso del compañero permanente de la actora, el régimen prestacional de los militares se encontraba sometido a una normatividad especial, y para el caso específico objeto de controversia, la disposición

aplicable era el artículo 5o. del Decreto 1305 de 1975, el cual no consagra el derecho de la compañera permanente al reconocimiento de la sustitución pensional. ya que el referido precepto señala que a falta de esposa e hijos beneficiarios, la respectiva prestación corresponde a los padres legítimos o naturales del causante.

Pero en el régimen general, desde la Ley 33 de 1973 las pensiones de jubilación, invalidez y vejez eran sustituibles en la viuda y sus hijos menores o incapacitados; la Ley 12 de 1975 extendió el derecho a la sustitución de la pensión de jubilación a la compañera permanente del empleado o trabajador y la Ley 113 de 1985, sin distinguir a qué tipo de pensión se refería, dispuso que el "derecho de sustitución procede tanto cuando el trabajador estaba pensionado como cuando había adquirido el derecho a la pensión".

La Ley 113 de 1985 por sus términos y por la exposición de motivos que la precedió, ha sido considerada por la Sala como interpretativa de la Ley 12 de 1975, es decir, aplicable desde la vigencia de ésta, pues lo que vino fue a clarificar los términos oscuros en que fue dictada la Ley 12. En sentencia de 22 de octubre de 1992, exp. 3779, la Sala dijo:.

> "No existe ninguna duda entonces, que al expedir la Ley 12 de 1975 la intención del legislador fue extender a la compañera permanente el derecho reconocido a favor del cónyuge supérstite (esposo-esposa), por la Ley 33 de 1973 y ampliar el derecho a la sustitución pensional a los casos en los que el trabajador fallece antes de cumplir la edad cronológica para adquirir el derecho, pero después de completar el tiempo de servicio requerido. Interpretar que la Ley 12 de 1975 no introdujo modificación alguna a la Ley 33 de 1973, resulta como bien lo dijo el Tribunal ilógico, por lo absurdo que resulta que la compañera permanente tiene derecho a la sustitución pensional cuando la pensión es una expectativa y no lo tiene cuando el derecho se ha configurado".

Lo anterior significa que dentro del régimen común de pensiones, a partir de la Ley 12 de 1975 la compañera permanente tuvo derecho a que se le sustituyera la pensión que venía disfrutando su companero fallecido, así se tratara de una pensión de jubilación, de invalidez o de vejez; no cabe hacer distinción entre una y otra por la circunstancia de que en la Ley 12 de 1975 se hubiere hecho referencia a la de jubilación, porque ello resulta contrario a la lógica que debe presidir una correcta interpretación de las normas, si se tiene en cuenta que sería absurdo concluir que podía sustituirse una pensión adquirida por tiempo de servicios y edad y no por razón de una incapacidad para trabajar; en los dos casos, fallecido el pensionado, su viuda o compañera permanente y sus hijos quedan sin la fuente de sustento que es lo que ha pretendido evitar la legislación social, primero respecto a la viuda y los hijos y luego también a favor de la compañera o compañero permanente.

Sentada esta premisa, habrá de decir la Sala que si tanto la Ley 12 de 1975 como la Ley 113 de 1985 se refirieron al régimen de pensiones del sector público, sin exclusión alguna, no hay duda que siendo más favorables sus prescripciones en esta materia que las regulaciones especiales de las Fuerzas Militares, cabe aplicar el régimen general a los casos de sustitución de pensiones de servidores militares. Resultaría contrario a la Ley discriminar a las compañeras permanentes de los militares pensionados cuando la norma general estableció este beneficio para todo el sector oficial.

En este orden de ideas, estima la Sala que la accionante tiene razón en su pretensión y por ello habrá de declararse su derecho a gozar de la sustitución pensional reclamada, pero no a partir del deceso del pensionado, sino de la fecha en que se extinguió el derecho a la sustitución en sus hijos, toda vez que el acto administrativo que reconoció la sustitución en ellos no fue impugnado ante la administración ni demandado ante la jurisdicción y por ello surtió válidamente todos sus efectos legales.

No se accederá a la indexación reclamada, por cuanto se trata de mesadas pensionales que son objeto de reajustes periódicos, mecanismo con el cual la ley ha procurado el mantenimiento del poder adquisitivo de la prestación.

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. REVOCASE la sentencia apelada. de cinco (5) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el proceso incoado por Mery Gonzalías Chara.

2o. DECLARASE LA NULIDAD de las Resoluciones Nos. 4961 de 7 de julio y 7996 de 18 de octubre de 1989 del Ministerio de Defensa Nacional. mediante las cuales se negó a la actora su solicitud de sustitución pensional.

3o. Como consecuencia de lo anterior, **CONDENASE** a la Nación –Ministerio de Defensa Nacional– a sustituir a partir del 1o. de julio de 1988, en la señora Mery Gonzalías Chara, en su condición de compañera permanente, la pensión de invalidez de que disfrutaba el señor Luis Alberto Caicedo Landazury, con los reajustes a que haya lugar de acuerdo con la ley.

4o. La Nación –Ministerio de Defensa Nacional– dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

5o. **DENIEGANSE** las demás súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz* (ausente), *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna* (ausente), *Carlos A. Orjuela Góngora* (aclara Voto), *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

INTERPRETACION LEGAL–Inexistencia/**VIUDAS/COMPAÑERAS PERMANENTE/VIUDOS/COMPAÑEROS/PENSIONADO**–Fallecimiento/ **PENSIONADA**–Fallecimiento–(Aclaración de Voto)

La Ley 113 de 1985, –en mi sentir–, no vino a clarificar el sentido de la Ley 12 de 1975, sino que en realidad creó una nueva situación jurídica, justa por lo demás, para las viudas o las compañeras permanentes de los pensionados y los viudos o compañeros permanentes de las pensionadas, que habían quedado por fuera de las previsiones del estatuto de 1975. Empero, acojo la interpretación de la Sala por lo que implica desde un punto de vista jurídico y social. DECLARA LA NULIDAD de las Resoluciones 4961 de 7 de Julio y 7996 de 18 de octubre de 1989 del Ministerio de Defensa Nacional.

INDEXACION–Procedencia/**INFLACION/HECHO NOTORIO**–Devaluación/ **PRESTACIONES SOCIALES**–Devaluación–(Aclaración de Voto).

Creo que ha debido despacharse favorablemente la pretensión relacionada con la indexación de las sumas reconocidas, pues no me cabe duda de que este fenómeno, derivado de la inflación, tiene hoy la categoría de verdadero "hecho notorio", y tiene que ver, en cuanto la afecta, con la capacidad de compra tanto de los salarios como de las prestaciones sociales de los trabajadores y empleados. DECLARA LA NULIDAD de las Resoluciones 4961 de 7 de julio y 7996 de 18 de octubre de 1989 del Ministerio de Defensa Nacional.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Aclaración de Voto del *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 6113. Resoluciones Ministeriales. Actora: Mery Gonzalías Chara.

Con todo comedimiento me permito aclarar que aunque compartí lo resuelto en este asunto, mi pensamiento no coincide exactamente con el del resto de la Sala respecto de dos puntos, a saber:

1.– La Ley 113 de 1985 –en mi sentir–, no vino a clarificar el sentido de la Ley 12 de 1975, sino que en realidad creó una nueva situación jurídica, justa por lo demás, para las viudas o las compañeras permanentes de los pensionados y los viudos o compañeros permanentes de las pensionadas, que habían quedado por fuera de las previsiones del estatuto de 1975. Empero, acojo la interpretación de la Sala por lo que implica desde un punto de vista jurídico y social.

2.– Creo que ha debido despacharse favorablemente la pretensión relacionada con la indexación de las sumas reconocidas, pues no me cabe duda de que este fenómeno, derivado de la inflación, tiene hoy la categoría de verdadero **"hecho notorio"**, y tiene que ver, en cuanto la afecta, con la capacidad de compra tanto de los salarios como de las prestaciones sociales de los trabajadores y empleados.

Atentamente,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

CARRERA JUDICIAL–Régimen Aplicable/**SUSPENSION PROVISIONAL/ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**–Facultades/**POTESTAD REGLAMENTARIA**–Extralimitación

La Sala decretó la suspensión provisional del Acuerdo 87 de 23 de noviembre de 1993, del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, porque encontró, *prima facie,* que transgrede los artículos 125 y 21 transitorio de la Carta Constitucional de 1991, como también el artículo 2o., inciso tercero, de la Ley 27 de 1992. En efecto, esos textos establecen, en su orden, el régimen de carrera, la subsistencia de las disposiciones anteriores y por último, la continuidad de los regímenes, carreras o sistemas especiales vigentes en la fecha de promulgación de la Ley 27 de 1992. Esto es, que a la luz de esas normas es ostensible, palmario y evidente que el Acuerdo No. 87 del 23 de noviembre de 1993 resulta contrario a su contenido y por tanto, las viola. Ciertamente, para poder arribar a la conclusión de que el acuerdo demandado es un reglamento constitucional autónomo que quiso atribuirle el constituyente al Consejo Superior de la Judicatura es indispensable un estudio de fondo, propio de la sentencia, o sea, que en esta fase procesal resulta prematuro e improcedente. De conformidad con las pautas de interpretación establecidas en el artículo 4o. de la Carta Fundamental, toda "norma jurídica" debe sujetarse y guardar armonía con lo dispuesto en aquélla y en la ley. Como el Consejo Superior de la Judicatura no podía legislar en materia de carrera judicial sustituyendo en esa tarea al Congreso de la República, o eventualmente al Presidente, es lógico concluir, como lo hizo la Sala en el auto impugnado, que el Acuerdo No. 87 del 23 de noviembre de 1993, dictado por la Sala Administrativa de dicho organismo, viola *prima facie* las disposiciones citadas en el libelo de demanda como objeto de esa vulneración. CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIO-

NAL del Acuerdo 87 de 23 de noviembre de 1993, dictado por el Consejo Superior de la Judicatura.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 9636. Autoridades Nacionales. Actor: Luis Fernando Caicedo.

Reconócese personería al doctor Roberto Arturo Montes Mathieu, con T. P. No. 10.394 del Ministerio de Justicia, como apoderado especial del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, en los términos y para los efectos del poder que le fue conferido (Fl. 39).

Se tiene que esta Sala mediante auto del 15 de abril del año en curso suspendió provisionalmente el Acuerdo No. 87 del 23 de noviembre de 1993, del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa.

Contra dicho proveído, interpuso recurso de reposición el apoderado del Consejo Superor de la Judicatura, a fin de que se revoque.

EL RECURSO:

En el escrito de sustentación del recurso, se plantean dos argumentos, que se dicen subsidiarios, a saber:

a) El primero, desarrolla la capacidad normativa del Consejo Superior de la Judicatura, bajo el presupuesto de que el Decreto Ley 052 de 1987 no es actualmente aplicable porque contradice el espíritu de la Constitución Política de 1991 y cesó en su vigencia por mandato del artículo transitorio 21 de la misma Carta.

b) El segundo, se desarrolla sobre la base de la supervivencia del Decreto 052 de 1987.

En relación con el primero de ellos pone de presente que el cambio constitucional de 1991 estuvo inspirado por la voluntad de establecer la autonomía administrativa para la Rama Judicial, mediante la transferencia de funciones que antes ejercía el Gobierno, que le dieran independencia frente a los demás poderes públicos, que liga con el texto constitucional del numeral 3 del artículo 257, y como consecuencia, la competencia del Consejo Superior de la Judicatura para expedir reglamentos, como califica "todas aquellas normas jurídicas expedidas por Organo del Estado distinto del legislativo".

Prosigue, diciendo que el texto constitucional habilita al Consejo Superior de la Judicatura *"para dictar reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con su organización y los relativos a las funciones internas asignadas a los distintos cargos. Por otra, la norma habilita al Consejo Superior de la Judicatura para regular los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador"*, lo que lo lleva a reafirmar la potestad reglamentaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Para la recurrente el Constituyente tuvo como propósito distanciarse de la asociación corriente entre reglamento y Rama Ejecutiva y por ello utilizó el verbo "regular", por lo cual el Consejo puede entonces reglamentar y regular. Con aquélla se desarrolla y complementa la ley, con la regulación, que llama "reglamento constitucional o supletorio" suple los vacíos legislativos, *"en el trámite judicial y administrativo que deba surtirse ante los despachos judiciales y el mismo no haya sido desarrollado por el legislador, su regulación corresponde al Consejo Superior de la Judicatura"*.

Además, sostiene el recurrente que *"en ambos casos debe actuar con sujeción a la ley, en el primero porque el reglamento no puede contrariar la ley que desarrolla, en el segundo porque las regulaciones o reglamentos constitucionales del Consejo Superior de la Judicatura tienen un rango inferior al legal en la jerarquía normativa"*.

En cuanto a las últimas, describe sus características así:

"a) Desarrollan directamente y con capacidad normativa autónoma la Constitución o las leyes sustantivas.

b) No pueden alterar las leyes preexistentes.

c) Pueden ser sustituidas o modificadas por leyes posteriores.

d) Se orientan a la regulación de los trámites judiciales y administrativos que deben adelantarse en los derechos judiciales por virtud de su mandato superior.

e) Sólo operan en la medida en que exista un vacío legislativo que impida la efectividad de la norma superior que les sirve de sustento".

Por último, el argumento recae sobre el aspecto político de esta clase de reglas para evitar la frustracción de normas constitucionales que se produciría por la inacción legislativa.

"El constituyente –dice– como desarrollo del principio de autonomía de la rama judicial estableció un mecanismo para que la Rama, de manera autónoma, asuma la regulación del trámite que permita la eficacia de las disposiciones sustantivas de la Constitución", cuya importancia destaca el momento de transición institucional que se vive.

A partir del análisis de los artículos 125 y 21 transitorio de la Constitución, de la competencia dispuesta en el segundo de ellos para expedir las reglas que desarrollaran el primero y de la vigencia transitoria de las reglas de carrera precedentes, concluye que rigieron *"hasta el 1o. de diciembre de 1992, si el desarrollo normativo se hacía por el Congreso; hasta el 1o. de marzo de 1993 si el desarrollo se realizaba por parte del Gobierno (...) Si vencidos estos términos no se ha producido desarrollo legislativo alguno, las normas preconstitucionales cesan en su vigencia y se genera un vacío legislativo sobre la materia, en la medida en que no sea posible la aplicación directa de las disposiciones constitucionales".*

Por ello, afirma que el D. L. 052 de 1987, sobre Carrera Judicial, dejó de regir. Si el Constituyente estableció una carga al Congreso *"no puede entenderse que el Congreso ha desarrollado el art. 125 con relación a cierto sector servicio público cuando de manera genérica dispone que continuarán rigiendo las normas vigentes"*, punto del cual parte para combatir la providencia recurrida en cuanto señala que el inciso tercero del artículo 2o. de la Ley 27 de 1993 (sic) *"que no hace sino reiterar lo dispuesto en el inciso quinto del art. transitorio 21 y para nada afectaba la competencia del Ejecutivo para producir los desarrollos que considerara del caso en los citados sectores".*

Más adelante agrega:

> *"En el caso de la carrera judicial es claro que había necesidad de este proceso de adecuación y por la magnitud de las transformaciones casi que parecía imperativo un nuevo estatuto que regulase de manera completa la materia"*, por lo cual, la providencia sería inexacta al afirmar que en virtud de la remisión realizada por la Ley 27 de 1992 debe entenderse que la materia de carrera judicial está regulada de manera completa por el decreto Ley 052 de 1987.

Luego sostiene que:

> *"Dicho estatuto dejó de regir, en el momento en que se venció el término constitucional que le otorgaba vigencia transitoria, en aquello que no contrariase la Constitución, sin que se produjesen las normas de desarrollo previstas en la Carta".*

"No puede el Congreso pretender haber cumplido con la carga legislativa que le imponía el art. 21 transitorio de la Constitución mediante la remisión genérica e indiscriminada a la legislación anterior sin producir desarrollo constitucional alguno. Una interpretación de este tenor implicaría frustrar la voluntad constituyente. El Constituyente quiso establecer un nuevo régimen de carrera y diseñó un mecanismo para que esa voluntad se llevara hasta su cabal culminación en un término fijo. El ejercicio simple de la función legislativa, sin producir nuevos desarrollos, no agota el mandato constitucional".

Refuerza su tesis con el contraste particular de mandatos del D. L. 052 de 1987, tales como el período de los jueces, los requisitos, la falta de referencia al Consejo Superior de la Judicatura, su peso fundamental en los nominadores en la celebración de concursos y evaluación de servicios, y su vocación regionalista. Por ende, aduce que *"no es posible afirmar que el Decreto 052 de 1987 regula de manera completa la carrera judicial. Si se establece la vigencia del Decreto 052 de 1987, el fundamento de la Carrera requiere de unas normas de adecuación que suplan los vacíos normativos que presenta y complementen sus disposiciones".*

La perspectiva del segundo argumento destaca el presupuesto de la vigencia del D. L. 052 de 1987 contenido en la providencia, y dice que a la luz del citado decreto se concluye que el Acuerdo 87 de 1993 no es, en su conjunto, violatorio ni de la Constitución ni de la ley, ni se cumplen las previsiones del C.C.A., pues no es posible hacer una confrontación directa entre el acto acusado y las normas superiores que la demanda considera violadas, en atención a que es preciso hacer un proceso interpretativo.

De allí que eslabone y justifique el acto en cuestión como desarrollo legislativo y censure que la providencia atacada sólo contempló la parte considerativa y no su resolutiva, que pese a que puede contener disposiciones reglamentarias, cuya competencia de expedición el Consejo de Estado no cuestiona, las mismas quedarían excluidas del universo jurídico sin que se pudiesen reproducir, aun cuando el mismo Decreto 052 defiere en la autoridad administradora de la carrera la reglamentación de la mayor parte del sistema de méritos.

Expresa, así mismo, que en vía de discusión existen normas de rango legal que sustentan el acto acusado y como no han sido declaradas inconstitucionales pueden servir como fundamento para la expedición del citado acuerdo. Así, tanto el Decreto 052 de 1987 –en el evento de que conserve vigencia–, como el Decreto Especial 2652 de 1991, otorgan al Consejo Superior de la Judicatura, como ente rector de la Carrera Judicial, claras facultades para dictar los reglamentos orientados a la correcta administración de la carrera.

Y finaliza expresando que:

"Al expedir el Acuerdo 87 de 1993 el Consejo Superior de la Judicatura pretendió articular en un sistema coherente y armónico con la Constitución, las normas que regulan la Carrera Judicial. Se trata de un claro ejercicio de sus deberes constitucionales como autoridad administrativa de la Rama Judicial, función que no puede cumplir en ausencia de un instrumento normativo que defina con claridad el ámbito de su acción y elimine la incertidumbre del vacío normativo o las disposiciones fragmentarias y sujetas a interpretaciones contradictorias por sus destinatarios, con mengua de la autoridad del Consejo y de su capacidad rectora en materia de carrera judicial".

Para resolver, SE CONSIDERA:

Es sabido que la suspensión provisional es una medida sujeta a condiciones y requisitos asaz exigentes, como son la flagrancia del agravio a los textos superiores, por regla general, y la prueba sumaria del perjuicio, en tratándose de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por consiguiente, no le es dable al juzgador acceder a su decreto sino cuando encuentre visibles esos extremos, pues en los casos en que la materia ofrece dudas o exige examinar el fondo del asunto, no resultaría procedente esa medida.

En el asunto en estudio la Sala decretó la suspensión provisional del Acuerdo No. 87 del 23 de noviembre de 1993, del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, porque encontró, *prima facie,* que transgrede los artículos 125 y 21 transitorio de la Carta Constitucional de 1991, como también el artículo 2o., inciso tercero, de la Ley 27 de 1992.

En efecto, esos textos establecen, en su orden, el régimen de carrera, la subsistencia de las disposiciones anteriores y por último, la continuidad de los regímenes, carreras o sistemas especiales vigentes en la fecha de promulgación de la Ley 27 de 1992.

Esto es, que a la luz de esas normas es ostensible, palmario y evidente que el Acuerdo No. 87 del 23 de noviembre de 1993 resulta contrario a su contenido y por tanto, las viola.

Así las cosas, la revocación de la medida provisoria no podría fundarse sino en un error o una equivocación manifiestos del juzgador en cuanto a la letra o identificación de los estatutos legales considerados, y su verdadero ámbito.

A contrario *sensu,* si para deducir que las normas acusadas pudieran estar ajustadas a la legalidad por virtud de la ideología, filosofía o fines que las inspiraron, fuese necesario hacer razonamientos extensos, prolijos y complejos, es claro que ese análisis no puede darse sino en la sentencia respectiva y con el panorama que ofrezca el adelantamiento total del proceso.

Y es lo que acontece con el enfoque que le da la parte recurrente al medio de impugnación invocado, habida cuenta de que el primer cargo se sustenta en los denominados **"reglamentos constitucionales"**, cuya naturaleza ha sido y es cuestionada tanto por la jurisprudencia como por la doctrina.

Ciertamente, para poder arribar a la conclusión de que el acuerdo demandado es un reglamento constitucional autónomo que quiso atribuirle el constituyente al Consejo Superior de la Judicatura es indispensable un estudio de fondo, propio de la sentencia. O sea, que en esta fase procesal resulta prematuro e improcedente.

Y en lo que hace con el segundo cargo, en el cual se sostiene ahora que el organismo expedidor del acto no partió de esos supuestos sino que quiso llenar sus vacíos, debe la Sala formular las siguientes observaciones:

Como ya tuvo la ocasión de dejarlo sentado en su providencia del 15 de abril de 1994, *"las funciones de administrar la carrera judicial y la de dictar reglamentos para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, debe cumplirlas el Consejo Superor de la Judicatura con estricta sujeción a la Constitución y la ley".*

Naturalmente, se trata de dos funciones distintas:

La del numeral 1 del artículo 256, relacionada con la atribución de **"Administrar la carrera judicial"**; y la del numeral 3 del artículo 257, atinente a la función de **"Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador"** (se subraya).

En ese mismo proveído se recordó que:

> **"Las autoridades, en general, están obligadas en el ejercicio de sus potestades a la normatividad existente (Constitución y ley, Art. 60, C.N.); y, desde luego, así ocurre con el Consejo Superior de la Judicatura, según las voces de los artículos 256 ("... de acuerdo a la ley...") y 257 ("Con sujeción a la ley...") del mismo estatuto"** (se subraya).

Más adelante, se dijo:

> "Diferente es que el Consejo Superior de la Judicatura tenga iniciativa legislativa respecto de la administración de justicia y los códigos sustantivos y procedimientos (Art. 257, numeral 4, C. N.); pero **de allí no se desprende que pueda invocar poderes legislativos en esas materias. Antes bien; para administrar y reglamentar la Carrera Judicial debe respetar la Constitución y la ley de carrera correspondiente. Por ello, es de una claridad**

meridiana que no podía reemplazar al Congreso Nacional, para expedir un estatuto de carrera judicial en lugar suyo, como se sostiene en los considerandos del acto acusado, donde se afirma, inexplicablemente, que "la ausencia de previsión del legislador debe ser suplida mediante el ejercicio de la facultad que a tal efecto atribuye al Consejo Superior de la Judicatura el art. 257 numeral 3 de la Constitución Política, a fin de evitar a la función de administrar justicia los graves trastornos que seguirían a la suspensión de la carrera judicial"; como también, más adelante, que "para permitir la correcta administración de personal de la Rama Judicial y hasta tanto se expida la ley correspon-diente es necesaria la expedición de una reglamentación de carrera judicial" (se destaca).

Así las cosas, es claro que de conformidad con las pautas de interpretación establecidas en el artículo 4o. de la Carta Fundamental, toda "norma jurídica" debe sujetarse y guardar armonía con lo dispuesto en aquélla y en la ley.

Por consiguiente, como el Consejo Superior de la Judicatura no podía legislar en materia de carrera judicial sustituyendo en esa tarea al Congreso de la República, o eventualmente al Presidente, es lógico concluir, como lo hizo la Sala en el auto impugnado, que el Acuerdo No. 87 del 23 de noviembre de 1993, dictado por la Sala Administrativa de dicho organismo, viola ***"prima facie"*** las disposiciones citadas en el libelo de demanda como objeto de esa vulneración.

Ante esta verdad incontrastable, deberá confirmarse el auto recurrido.

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

RESUELVE:

Confírmase el auto proferido el 15 de abril de 1994 en el presente asunto, mediante el cual se suspendió provisionalmente el Acuerdo No. 87 del 23 de noviembre de 1993, dictado por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del veintiocho (28) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ISS/SUSTITUCION PENSIONAL/PENSION COMPARTIDA/TRABAJADOR PARTICULAR–Causante/JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA–Incompetencia/JURISDICCION ORDINARIA/COMPETENCIA/CONTRATO DE TRABAJO/DERECHO LABORAL–Controversia

El I.S.S. demandó la nulidad de las Resoluciones por las cuales se reconoció una pensión de vejez y, en, sustitución, pensión de viudez a la cónyuge supérstite y se ordenó compartirla con la Empresa EQUIPOS INDUSTRIALES Y MINEROS S.A. Teniendo en cuenta que la controversia que se pretende dirimir, tuvo como causa mediata un contrato de trabajo para que entrara a operar el sistema de asunción de riesgos a cargo de la demanda, le esté vedado a esta jurisdicción, como bien lo dispuso el *a-quo*, pronunciarse sobre la materia, por ser de conocimiento exclusivo de la justicia ordinaria laboral, como lo ordena el artículo 2o. del Código Procesal del Trabajo y como lo establecen los artículos 131 numeral 6o. y 132 numeral 6o. del C.C.A. que determinan los asuntos de competencia de los Tribunales Administrativos, en única o primera instancia, excluyendo las acciones de restablecimiento del derecho de carácter laboral, que provengan de un contrato de trabajo.

ACCION DE LESIVIDAD–Inexistencia/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ENTIDADES PUBLICAS–Parte Demandante/DERECHO LABORAL

Respecto del argumento de la demandada, de haber impetrado la "acción de lesividad" con fundamento en el numeral 9o. del artículo 132 y no la acción de restablecimiento del derecho de carácter laboral consagrada en el artículo 132 numeral 6o. esta Sala comparte parcialmente el concepto de la Señora Fiscal, pues si bien la denominada acción de lesividad existía en forma autónoma en el antiguo C.C.A. (Ley

167 de 1941, art. 72) hoy no está consagrada así. El actual Código Contencioso confiere a las entidades de derecho público la facultad para demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa sus propios actos, incoando todas las acciones previstas en el Código (art. 149 del C.C.A.). Esta facultad conferida a las entidades públicas, ha de entenderse, como bien lo anota la Señora Fiscal, dentro del marco que señala la ley, el cual, tratándose de una contención sobre derechos de carácter laboral está señalado por la acción de restablecimiento del derecho de carácter laboral (art. 132 numeral 6o.), y no por el numeral 9 del citado artículo, que se refiere genéricamente a los procesos de restablecimiento del derecho.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 6153. Autoridades Nacionales. Actor: Instituto de Seguros Sociales.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección B, del 7 de junio de 1991, mediante la cual se declaró inhibido para resolver de fondo, por carencia de jurisdicción.

ANTECEDENTES

1.– El Instituto de Seguros Sociales, demandó la nulidad de las Resoluciones por las cuales se reconoció una pensión de vejez y, en , sustitución, pensión de viudez a la cónyuge supérstite, y se ordenó compartirla con la Empresa EQUIPOS INDUSTRIALES Y MINEROS S.A. A título de restablecimiento del derecho se solicitó que se declare que no está obligado al pago de pensión en favor de la demandada, se ordene la suspensión de dichos pagos y se condene a la Señora MARIA ANTONIA GONZALEZ DE CASTILLO a restituirle las sumas recibidas, a título de pensión de vejez y de viudez, por razón y causa de las Resoluciones acusadas.

2.– La demandada, María Antonia González de Castillo, se opuso a las pretensiones de la demanda, propuso como excepciones la caducidad de la acción, basada en el hecho de haberse incoado después de haber transcurrido más de tres años de la notificación de las resoluciones impugnadas y la falta de causa para demandar, por considerar que los actos acusados habían sido expedidos legalmente por el Instituto de Seguros Sociales.

3.– El Tribunal Administrativo se declaró inhibido para fallar, por carencia de jurisdicción, fundamentando su decisión en la Jurisprudencia que sobre el particular ha sostenido el Consejo de Estado. Transcribe el fallo proferido por esta Sección, de fecha 16 de julio de 1983, Exp. 7123 Autoridades Nacionales. Actor: Luis Alfonso Tinjacá Cubillos. Consejero Ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello, según el cual, de conformidad con el artículo 2o. del Código de Procedimiento del Trabajo, es la Justicia Laboral la competente para dirimir los conflictos que se susciten directa o indirectamente del contrato de trabajo, como lo es en este caso, la controversia entre el Instituto y la asegurada, por haber derivado su derecho de pensión de viudez, en sustitución, debido a que su cónyuge fallecido, laboraba para una empresa privada.

SUSTENTACION DE LA APELACION

La entidad recurrente alega que la acción que interpuso fue la acción de "lesividad", según la cual la Administración comparece como demandante para que sus propios actos administrativos se confronten con la legalidad. Cita como fundamento para haber interpuesto la acción de restablecimiento, el numeral 9 del artículo 132 del C.C.A. y no el numeral 6o. de dicha norma como infirió el Tribunal.

Considera que no puede darse al tipo de acción incoada, ni las connotaciones ni el tratamiento de una simple acción de restablecimiento del derecho de carácter laboral. Agrega en su escrito que la justicia contencioso administrativa es la competente, por ser la única capaz de ejercer el control de legalidad sobre los actos de la Administración.

CONCEPTO DEL FISCAL EN ESTA INSTANCIA

La Procuradora Delegada ante esta Corporación, Fiscal Novena, conceptuó favorablemente sobre la decisión del *a-quo,* considerando que le asiste razón al Tribunal al declararse inhibido para hacer un pronunciamiento de mérito. Respecto a lo sostenido por la entidad demandante sobre la acción de lesividad, que dice haber incoado, manifiesta que no es de recibo dicha tesis, por cuanto dicha acción no existe en el Derecho Administrativo. Sostiene que "... La llamada por la normatividad y jurisprudencia española acción de lesividad, entre nosotros no es otra, que la posibilidad que la ley le confiere a las entidades de derecho público, de acudir a la jurisdicción, en ejercicio de las mismas acciones que se consagran en el Código Contencioso Administrativo, para buscar, en un momento dado, y si fuere el caso, la anulación de sus propios actos. Esta acción de lesividad, no tienen entre nosotros, la autonomía que pretende darle la parte recurrente. Está consagrada en el artículo 149 inciso 1o. del Código Contencioso Administrativo...". Sostiene, luego de transcribir la citada norma, que "... Estas acciones, como es apenas lógico, tienen que incoarse o promoverse ante la jurisdicción contenciosa administrativa, dentro del marco de competencia que señala la Ley (Código Contencioso Administrativo)".

Agotado el trámite procesal y no encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Reiteradamente esta Corporacón ha precisado que la justicia contencioso administrativa no es competente para conocer las acciones de restablecimiento del derecho de carácter laboral, cuando provengan de un contrato de trabajo, porque lo que determina la jurisdicción a la cual corresponde un asunto laboral, no es la naturaleza del acto en que se consagra el derecho reclamado sino la relación de trabajo dependiente.

En el caso *sub-lite,* está demostrado que el conflicto a dirimir tuvo su origen en un contrato de trabajo, toda vez que obra en el expediente que el asegurado fallecido, adquirió su derecho por haber laborado con una Empresa particular y que su afiliación tuvo origen, precisamente, por la inscripción que hizo su patrono particular ante el Instituto de Seguros Sociales. Dicha afiliación tiene como presupuesto, para la asunción del riesgo, la existencia de ese vínculo laboral, que, por tratarse de un empleado al servicio de una sociedad comercial de carácter privado, como aparece demostrado en la certificación que se acompañó con la demanda, visible a folio 9 del cuaderno principal, no podía ser sino a través de un contrato de trabajo.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que la controversia que se pretende dirimir, tuvo como causa mediata un contrato de trabajo para que entrara a operar el sistema de asunción de riesgos a cargo de la demandada, le está vedado a esta jurisdicción, como bien lo dispuso el *a-quo,* pronunciarse sobre la materia, por ser de conocimiento exclusivo de la justicia ordinaria laboral, como lo ordena el artículo 2o. del Código Procesal del Trabajo y como lo establecen los artículos 131 numeral 6o. y 132 numeral 6o. del C.C.A. que determinan los asuntos de competencia de los Tribunales Administrativos, en única o primera instancia, excluyendo las acciones de restablecimiento del derecho de carácter laboral, que provengan de un contrato de trabajo.

Ahora bien, respecto del argumento de la demanda, de haber impetrado la "acción de lesividad" con fundamento en el numeral 9o. del artículo 132 y no la acción de restablecimiento del derecho de carácter laboral consagrada en el artículo 132 numeral 6o., esta Sala comparte parcialmente el concepto de la Señora Fiscal, pues si bien la denominada acción de lesividad existía en forma autónoma en el antiguo Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941, artículo 72) hoy no está consagada así. El actual Código Contencioso confiere a las entidades de derecho público la facultad para demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa sus propios actos, incoando todas las acciones previstas en el Código (artículo 149 del C.C.A.). Esta facultad conferida a las entidades públicas, ha de entenderse, como bien lo anota la Señora Fiscal, dentro del marco que señala la ley, el cual, tratándose de una contención sobre derechos de carácter laboral está señalado por la acción de restablecimiento del derecho de carácter laboral (artículo 132 numeral 6o.), y no por el nu-

meral 9 del citado artículo, que se refiere genéricamente a los procesos de restablecimiento del derecho.

Referente al argumento de la recurrente sobre la competencia que tiene la justicia contencioso administrativa para pronunciarse sobre la validez de los actos de la administración, esta Sala reitera lo sostenido en auto de 21 de octubre de 1991, Exp. 7236 - Apelación autos interlocutorios. Dijo en esa oportunidad:

> "... la jurisdicción contencioso administrativa es competente para juzgar todas las actuaciones de las entidades públicas, salvo aquellas expresamente exceptuadas por la ley, entre las cuales se encuentran, en materia laboral, las que tengan su origen directa o indirectamente en un contrato de trabajo".

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de siete (7) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección B, por la cual se declaró inhibido para resolver de fondo, por carencia de jurisdicción, en el proceso incoado por el Instituto de Seguros Sociales.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y UNA VEZ EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SUSTITUCION PENSIONAL–Beneficiarios/**COMPAÑERO PERMANENTE/PRINCIPIO DE IGUALDAD/MATRIMONIO/SEPARACION DE CUERPOS**

En el sistema jurídico colombiano de la sustitución pensional, rige el postulado de la igualdad entre cónyuges supérstites y compañeros o compañeras permanentes. Nuestra ley en esta materia acogió un criterio material referido a la convivencia de la pareja al momento de la muerte y no tanto al del vínculo matrimonial para indicar quién tiene derecho a gozar de la pensión en caso de muerte del titular. Como el legislador acogió respecto de la sustitución pensional el criterio material de convivencia entre parejas antes que el referido al criterio formal del vínculo matrimonial, mal puede el Consejo Nacional de los Seguros Obligatorios y el Gobierno Nacional variar esta materia sin estar autorizados por el legislador para ello. Como la Ley 71 de 1988, ni las demás normas legales a las cuales se remite el acto acusado, exige la condición de que el compañero o compañera permanente si es casado debe estar separado legal y definitivamente de cuerpos y de bienes, se concluye que el acto acusado excedió las previsiones legales y por lo tanto le asiste razón al demandante debiéndose anular la frase acusada. DECLARASE NULA LA FRASE "que siendo casado estuviese separado legal y definitivamente de cuerpos y de bienes" del artículo 29 del Acuerdo 49 de 1990 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado mediante el Decreto 758 de 1990.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 6273. Autoridades Nacionales. Actor: Ignacio Castilla C.

IGNACIO CASTILLA CASTILLA, solicitó a esta Corporación decretada **la nulidad parcial del artículo 29 del Acuerdo No. 49 de 1990,** aprobado mediante el Decreto No. 758 de 1990, y por el cual se condicionó el derecho a la sustitución pensional en favor del compañero o compañera permanente que siendo casado, se hubiera separado legal y definitivamente de cuerpos y de bienes de su cónyuge.

Considera el actor que la Ley 71 de 1988 extendió el derecho a la sustitución pensional a las compañeras o compañeros del pensionado, sin más requisitos, y por lo tanto cuando la norma acusada exige que para hacer efectivo ese derecho se requiere la prueba de la separación legal de un eventual matrimonio anterior, es tanto como negar el derecho a quienes a pesar de ser compañeras permanentes de un pensionado en los términos de la Ley 71 de 1988 no puedan hacerse acreedoras a tal beneficio, contrariando así la ley, norma superior al acuerdo del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios y al decreto aprobatorio de él.

La disposición impugnada fue suspendida por esta Corporacón mediante providencia de 8 de mayo de 1992.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Instituto de los Seguros Sociales se opuso a las pretensiones de la demanda, por estimar que ser soltero es un requisito necesario pues si es casado, quien tiene el derecho a la sustitución pensional es la esposa, porque mal podría la compañera despojarla de un derecho.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Quinta Delegada en lo Contencioso solicita se declare la nulidad de la frase acusada por estimar que el acuerdo estableció nuevos requisitos para el reconocimiento y pago de la sustitución pensional creada por la ley respecto del compañero o compañera que dependiera económicamente del pensionado.

Textualmente señala la vista Fiscal:

> "Por lo tanto el artículo 29 del Acuerdo 49 de 1990 del Consejo Nacional Seguros Sociales Obligatorios, aprobado mediante el Decreto 758 de 1990, excedió el artículo 3o. de la Ley 71 de 1988, en la frase que dice: **"que siendo casado estuviere separado legal y definitivamente de cuerpos y de bienes..."**, al crear nuevos requisitos para el reconocimiento y pago de la sustitución pensional consagrada en las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 44 de 1980 y 113 de

1985 al compañero o compañera que dependa económicamente del pensionado que la ley no contempló. Lo que conllevaría la nulidad de la frase señalada ya que el reglamento tiene como límite la ley o lo que implícitamente ella ordena".

CONSIDERACIONES

1) La ley que se estima vulnerada por el actor, es la Ley 71 de 1988, aplicable tanto al sector público como al sector privado junto con las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 4 de 1976, 44 de 1980, 33 de 1985 y 113 de 1985.

Así lo expresa el texto del artículo 11 de la Ley 71 de 1988:

"Esta ley y las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 4a. de 1976, 44 de 1980, 33 de 1985, 113 de 1985 y sus decretos reglamentarios, contienen los derechos mínimos en materia de pensiones y sustituciones pensionales y se aplicarán en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las entidades de previsión social, del sector público en todos sus niveles y de las normas aplicables a las entidades de previsión social del sector privado, lo mismo que a las personas naturales y jurídicas, que reconozcan y paguen pensiones de jubilación, vejez e invalidez".

2) Esta Sala con ponencia de la Dra. Clara Forero de Castro, al declarar nulas las expresiones contenidas en el Decreto 1160 de 2 de junio de 1989, reglamentario de la Ley 71 de 1988, y sobre similar material, dijo lo siguiente:

"El Artículo 13, inciso segundo, que dice:

"En caso de vínculo matrimonial del compañero o compañera permanente que reclame el derecho a la sustitución pensional, se deberá presentar la respectiva sentencia judicial sobre la nulidad o el divorcio, debidamente ejecutoriada".

Dice la demanda que este inciso, además de exceder la potestad reglamentaria, es injusto porque en el evento de vínculo matrimonial exige al compañero(a) permanente sentencia judicial sobre la nulidad o divorcio del matrimonio para reclamar sustitución pensional. Y agrega: "... el titular de esta prestación (la pensión), es doblemente perjudicado, primero porque al separarse del cónyuge que tuviere derecho a pensión de jubilación y éste falleciere, el cónyuge pierde el derecho por no encontrarse haciendo vida marital, en segundo lugar, se niega la sustitución de pensión al compañero o compañera permanente que tuviese vínculo matrimonial, y sobre éste no exista pronunciamiento judicial" (fs. 16-17).

Es verdad que el requisito de presentar sentencia judicial debidamente ejecutoriada sobre nulidad o divorcio del matrimonio con el fin de obtener sustitución pensional para el compañero(a) permanente con vínculo matrimonial, no lo establece la Ley 71 de 1988 ni ninguna de las otras leyes que regulan la sustitución.

Y si como ya se dijo, no exige la ley ser soltero para tener la calidad de compañero(a) permanente, tampoco hay razón para exigir sentencia judicial de nulidad o divorcio".

3) Igualmente en el sistema jurídico colombiano de la sustitución pensional, rige el postulado de la igualdad entre cónyuges supérstites y compañeros o compañeros permanentes. Nuestra ley en esta materia acogió un criterio material referido a la convivencia de la pareja al momento de la muerte y no tanto al del vínculo matrimonial para indicar quien tiene derecho a gozar de la pensión en caso de muerte del titular.

Sobre el particular dijo la Corte Constitucional en sentencia de 12 de mayo de 1993, T-190, con ponencia del Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz:

"Respecto del derecho a la sustitución pensional rige el principio de igualdad entre cónyuges supérstites y compañeros(as) permanentes porque, siendo la familia el interés jurídico a proteger, no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quien tiene derecho a este beneficio. Por el contrario la ley acoge un criterio material –convivencia efectiva al momento de la muerte–, y no simplemente formal –vínculo matrimonial– en la determinación de la persona legitimada para gozar de la prestación económica producto del trabajo de la persona fallecida. En consecuencia, en el hiptético caso de la negación de este derecho a la compañera permanente bajo el argumento de un vínculo matrimonial preexistente, pero disociado de la convivencia efectiva –v. gr. por el abandono de la esposa debido a la carga que representaba el cónyuge limitado físicamente–, se configuraría una vulneración del derecho de igualdad ante la ley en perjuicio de quien materialmente tiene derecho a la sustitución pensional".

De lo anterior, se deduce que como el legislador acogió respecto de la sustitución pensional el criterio material de convivencia entre parejas antes que el referido al criterio formal del vínculo matrimonial, mal puede el Consejo Nacional de los Seguros Obligatorios y el Gobierno Nacional variar esta materia sin estar autorizados por el legislador para ello.

4) Por consiguiente, como la Ley 71 de 1988, ni las demás normas legales a las cuales se remite el acto acusado, exige la condición de que el compañero o compañera permanente si es casado debe estar separado legal y definitivamente de cuerpos y debienes, se concluye que el acto acusado excedió las previsiones legales y por lo tanto le asiste razón al demandante debiéndose anular la frase acusada.

5) Al respecto conviene aclarar que el artículo 54 del D. L. 1045 de 1978 en cuanto exige que "no se admitirá la calidad de compañera permanente cuando se tenga el estado civil de casado, salvo en los casos de sentencias de separación de cuerpos", no es aplicable en el presente caso por cuanto dicha disposición legal rige para los

empleados oficiales del orden nacional según lo preceptúa el artículo primero de dicho Decreto-Ley, y el acto acusado en el *sub-lite* tiene como destinatarios a los empleados del sector privado, como quiera que está incorporado en el llamado "Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de invalidez, vejez y muerte" o seguros I.V.M.

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

FALLA:

DECLARASE nula la frase **"que siendo casado estuviese separado legal y definitivamente de cuerpos y de bienes"** del artículo 29 del Acuerdo No. 49 de 1990 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado mediante el D. 758 de 1990.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE, Y UNA VEZ EJECUTORIADA ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el veintiocho (28) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DEMANDA–Inadmisión/**RECURSO DE APELACION/COMPETENCIA**–Ambito/**CORRECCION DE LA DEMANDA**–Improcedencia

Para los efectos de verificar la legalidad del auto apelado, solamente pueden tenerse en cuenta los elementos de juicio de que dispuso el Tribunal de primera instancia, como consecuencia del principio implícito en el inciso segundo del artículo 357 del C. de P.C., lo cual significa en este caso que el memorial de aclaración y corrección de la demanda que el Tribunal no pudo considerar para proferir su providencia, tampoco puede ser útil para decidir la apelación.

SUPRESION DEL CARGO/RETIRO AUTOMATICO/ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO–No impugnado/**ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL**–Efectos/**NULIDAD/ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL**–Inaplicación

El acto que suprimió el cargo que desempeñaba la demandante, a términos del artículo 28 del Decreto 2400 de 1968, aplicable al caso, produjo efectos concretos, porque automáticamente la colocó en situación de retiro, vale decir, sin necesidad de expedición de otro acto administrativo para lograr ese objetivo legal. De ahí, que sea muy discutible que el oficio impugnado constituya un acto administrativo definitivo. Además, en el presente caso la nulidad pedida respecto de los actos generales demandados, está limitada a los efectos que produjeron respecto de la demandante, "en cuanto disponen la desvinculación y el retiro del servicio" de ella, vale decir, se relaciona la nulidad impetrada directamente con efectos subjetivos, sin pretender que se supriman otros efectos de los mismos actos. Consecuentemente, no se trata de que se haya impugnado un acto adminis-

trativo para suprimirle los efectos generales que hubiera podido producir, como para afirmar que debía hacerse uso de la acción solicitándose su inaplicación, conforme con la doctrina reiterada de la Corporación.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 9179. Apelación Interlocutorios. Actor: María Melba Soto Buriticá.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por MARIA MELBA SOTO BURITICA contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 30 de agosto de 1993, por medio del cual se inadmitió la demanda.

El Tribunal consideró que no era procedente acumular las pretensiones de nulidad de actos de carácter general y de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de actos particulares, por ser indebida tal acumulación, fuera de que no tendría competencia para decretar la nulidad de actos regla del orden nacional, por corresponderle privativamente y en única instancia al Consejo de Estado, conforme al numeral primero del artículo 128 del C.C.A.

En el recurso, se alega que el mismo día que se profirió el auto apelado la parte demandante corrigió su demanda, la cual jurídicamente debe surtir efectos primero que aquel que no los produce sino después de notificado (art. 313 del C. de P.C.); que como reiterademente ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado, no es la generalidad del acto o que sea particular lo que determina que la acción procedente sea respectivamente la de nulidad y restablecimiento del derecho, sino el motivo y la finalidad con que se ejerzan; cuestiona que los actos que establecen plan-tas de personal al suprimir cargos sean en su totalidad actos generales y que los oficios que **comunican** los efectos de supresión sean en realidad actos particulares, creadores o modificadores de situaciones concretas; finalmente insiste en que la nulidad de los llamados actos generales fue formulada **solamente en lo pertinente, en cuanto dispone la desvinculación y el retiro del servicio de la demandante.**

Para resolver se considera:

1. Advierte la Sala que para los efectos de verificar la legalidad del auto apelado, solamente pueden tenerse en cuenta los elementos de juicio de que dispuso el Tribunal de primera instancia, como consecuencia del principio implícito en el inciso segundo del artículo 357 del C. de P.C., lo cual significa en este caso que el memorial de aclaración

y corrección de la demanda que el Tribunal no pudo considerar para proferir su providencia, tampoco puede ser útil para decidir la apelación.

2. Tratándose de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de actos que impliquen retiro del servicio, es evidente que la competencia la radica la ley en los Tribunales Administrativos.

3. Para la Sala, en principio, el acto que suprimió el cargo que desempeñaba la demandante, a términos del artículo 28 del Decreto 2400 de 1968, aplicable al caso, produjo efectos concretos, porque automáticamente la colocó en situación de retiro, vale decir, sin necesidad de expedición de otro acto administrativo para lograr ese objetivo legal.

4. De ahí, que sea muy discutible que el oficio impugnado constituya un acto administrativo definitivo.

5. Además, en el presente caso la nulidad pedida respecto de los actos generales demandados, está limitada a los efectos que produjeron respecto de la demandante, **"en cuanto disponen la desvinculación y el retiro del servicio"** de ella, vale decir, se relaciona la nulidad impetrada directamente con efectos subjetivos, sin pretender que se supriman otros efectos de los mismos actos.

6. Consecuentemente, no se trata de que se haya impugnado un acto administrativo para suprimirle los efectos generales que hubiera podido producir, como para afirmar que debía hacerse uso de la acción solicitándose su inaplicación, conforme con la doctrina reiterada de la Corporación.

Según lo dicho, la Sala revocará el auto apelado y, en su lugar admitirá la demanda.

En mérito de lo dicho, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

REVOCASE el auto apelado proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 30 de agosto de 1993 y, en su lugar, se dispone:

1o. ADMITESE la demanda.

2o. Notifíquese, personalmente al Agente del Ministerio Público, y al Gerente General del Instituto Colombiano Agropecuario ICA, en la forma establecida en el artículo 29 del Decreto 2304 de 1989, y por estado.

3o. Fíjese en lista por el término de 5 días para los efectos del numeral 5o. del artículo 207 del C.C.A.

4o. Solicítense los antecedentes administrativos.

5o.No se ordena el depósito de suma alguna para gastos procesales por considerarse innecesario.

El Tribunal Administrativo de Antioquia deberá ejecutar los numerales 2o. a 4o. anteriores.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL.

La anterior Providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ECOPETROL–Estatutos/**PERSONAL DIRECTIVO, TECNICO Y DE CONFIANZA**–Régimen Salarial/**CONVENCION COLECTIVA**–Exclusión/**SUSPENSION PROVISIONAL**–Improcedencia

Haber regulado un régimen salarial para algunos trabajadores de Ecopetrol, no significa, en principio, que se hubiera infringido lo dispuesto en el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 sobre un tema diferente, como es la calidad de empleados públicos de quienes desempeñen actividades de dirección y de confianza en las empresas industriales y comerciales del Estado.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No.9634. Autoridades Nacionales. Actor: Jairo Villegas Arbeláez.

1o. Admítese la demanda presentada por el ciudadano JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ.

2o. Notifíquese, personalmente al Agente del Ministerio Público, al Ministro de Minas y Energía y al Presidente de la Empresa Colombiana de Petróleos y por estado.

3o. Fíjese en lista por el término de 5 días para los efectos del numeral 5o. del artículo 207 del C.C.A.

4o. Solicítense los antecedentes administrativos.

5o. No se ordena consignación alguna para gastos procesales por considerarse innecesario.

6o. Para resolver sobre la **suspensión provisional** solicitada, **se considera:**

a) La accion ejercida es la de **nulidad,** respecto de la cual, para la suspensión provisional, el artículo 152 del C.C.A., exige que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado y que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la acción, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

b) La demanda solicita la nulidad parcial del artículo 29 del Acuerdo No. 1 de 1969 de la Junta Directiva de la Empresa Colombiana de Petróleos, por el cual se adoptaron los Estatutos de dicha Empresa, aprobados por el Decreto 62 de 1970 del Gobierno Nacional.

El texto acusado es el siguiente:

"No obstante, **el personal directivo, técnico y de confianza,** según la **clasificación que al efecto haga la Junta Directiva.** tendrá una administración salarial fundada principalmente en el desempeño meritorio de dicho personal, y **distinta del sistema convencional** que la empresa pacta a través de las Convenciones Colectivas de Trabajo. En todo caso el régimen de prestaciones para dicho personal no será inferior al actualmente existente" (la negrilla corresponde al demandante).

c) En el aparte correspondiente el demandante sustenta la petición de suspensión provisional en tres temas de infracción de normas, así:

I. Que los actos acusados invocan como fundamento y motivación jurídica el Decreto 3130 de 1968 y regulan conforme a su artículo 38 la "clasificación" del personal, "administración salarial... distinta del sistema convencional" y el "régimen de prestaciones"; que posteriormente a la expedición del acto acusado, el 13 de diciembre de 1972, "el H. Consejo de Estado, Declaró Nulo el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, desapareciendo así del orden jurídico tal atribución Estatutaria para las Juntas Direc-tivas en materia de "clasificación, salarios y prestaciones".

Sobre este punto la Sala observa en primer término que no es cierto que el Consejo de Estado haya declarado nulo el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, como lo afirma el demandante. Es cierto sí, que tal artículo fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 13 de diciembre de 1972.

Sin embargo, aun haciendo caso omiso de tal imprecisión por parte del peticionario, la Sala no encuentra que exista la **manifiesta infracción** de la norma superior por parte del precepto cuya suspensión provisional se impetra; porque para llegar a esta

conclusion, habría necesidad de establecer que la norma demandada se fundamentó específicamente en el aludido artículo 38 y no en otra, y que la materia regulada en el aparte del estatuto demandado se refiere a los tópicos que en virtud de la mencionada inexequibilidad no pueden ser objeto de regulación en esta clase de normas, lo cual no es posible determinar mediante la simple confrontación de los dos textos que se dice son contrarios.

II. Que lo autorizado por el artículo 50. del Decreto 3135 de 1968 es que en los estatutos se haga directamente la precisión de actividades de dirección y confianza, en tanto que la norma acusada no lo hace sino que lo difiere a la Junta Directiva y que en los mismos se precise qué actividades de dirección y confianza para efectos de calidad de empleados públicos, mientras que la norma acusada le adiciona la actividad técnica y totaliza sin precisar, pero no para ubicarlos como empleados públicos, como lo ordena la ley, sino para excluirlos de la convención colectiva, mediante un régimen salarial y prestacional distinto del sistema convencional.

Sobre el particular observa la Sala, que haber regulado un régimem salarial para algunos trabajadores de Ecopetrol, no significa, en principio, que se hubiera infringido lo dispuesto en el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 sobre un tema diferente, como es la calidad de empleados públicos de quienes desempeñen actividades de dirección y de confianza en las empresas industriales y comerciales del estado.

III. Que se violó el Código Sustantivo del Trabajo porque aunque al comienzo del artículo 29 del mencionado Acuerdo se establece que todos sus trabajadores, con excepción del Presidente de la Empresa, estarán regidos por dicho código, la norma acusada lo infringe en sus artículos 470 y 471 que gobierna el campo de aplicación convencional, el disponer lo acusado una normatividad distinta y de exclusión de trabajadores.

La transgresión de tales artículos alegada por el petícionario, supone haber invocado y haber razonado acerca de la aplicación de la norma que establece la aplicación del Código Sustantivo del Trabajo a los trabajadores de Ecopetrol. Como ello no ocurrió, carece la Sala de los elementos de juicio necesarios para concluir mediante la comparación de las normas si, como lo alega el demandante, se presenta la manifiesta infracción de las normas superiores.

Entonces, la medida deberá denegarse.

En mérito de lo dicho, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, RESUELVE:

DENIEGASE la suspensión provisional solicitada.

COPIESE Y NOTIFIQUESE COMO SE ORDENO.

Aprobado en la Sala del doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

FER/PERSONERIA JURIDICA–Inexistencia/**LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA**

En cuanto se refiere al FER es sabido que esta clase de organisnos carece de personería jurídica y que por lo tanto no tiene legitimación en la causa por pasiva, lo cual como bien lo anota el *a-quo* e igualmente la colaboradora fiscal, conducen a un pronunciamiento inhibitorio, y en efecto, así habrá de declararse.

DEMANDA–Interpretación/**PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL**

No se puede incurrir en el rigorismo de impedir al juzgador la interpretación de la demanda, sacrificando el derecho sustancial en aras de ciertas formalidades. Por ello el juez debe valorar su contenido aun cuando ella no esté muy acorde con la técnica procesal.

ACTO ADMINISTRATIVO/PRESUNCION DE LEGALIDAD/ACTO DE NOMBRAMIENTO/PROTECCION AL TRABAJO/REMUNERACION/ PAGO

El demandante fue vinculado por un acto legal y reglamentario creador de derechos y obligaciones interpartes. En reiteradas jurisprudencias, ha sostenido el Consejo de Estado que esta clase de actos administrativos que reconocen una situación jurídica particular y concreta, están amparados por la presunción de legalidad que les da plena eficacia y obligatoriedad legales, generando la totalidad de los efectos jurídicos, mientras no sean anulados o suspendidos por la autoridad competente; por lo tanto en el presente asunto, al incumplir la administración el pago de los salarios y demás prestaciones reclamados,

COPIESE Y NOTIFIQUESE COMO SE ORDENO.

Aprobado en la Sala del doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

FER/PERSONERIA JURIDICA–Inexistencia/**LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA**

En cuanto se refiere al FER es sabido que esta clase de organisnos carece de personería jurídica y que por lo tanto no tiene legitimación en la causa por pasiva, lo cual como bien lo anota el *a-quo* e igualmente la colaboradora fiscal, conducen a un pronunciamiento inhibitorio, y en efecto, así habrá de declararse.

DEMANDA–Interpretación/**PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL**

No se puede incurrir en el rigorismo de impedir al juzgador la interpretación de la demanda, sacrificando el derecho sustancial en aras de ciertas formalidades. Por ello el juez debe valorar su contenido aun cuando ella no esté muy acorde con la técnica procesal.

ACTO ADMINISTRATIVO/PRESUNCION DE LEGALIDAD/ACTO DE NOMBRAMIENTO/PROTECCION AL TRABAJO/REMUNERACION/ PAGO

El demandante fue vinculado por un acto legal y reglamentario creador de derechos y obligaciones interpartes. En reiteradas jurisprudencias, ha sostenido el Consejo de Estado que esta clase de actos administrativos que reconocen una situación jurídica particular y concreta, están amparados por la presunción de legalidad que les da plena eficacia y obligatoriedad legales, generando la totalidad de los efectos jurídicos, mientras no sean anulados o suspendidos por la autoridad competente; por lo tanto en el presente asunto, al incumplir la administración el pago de los salarios y demás prestaciones reclamados,

derechos estos emanados de un acto administrativo cuya presunción de legalidad no está cuestionada, es obvio que se violó el art. 17 de la anterior Carta Política (hoy art. 25) que establece que el trabajo goza de especial protección del Estado, que implica a más del derecho a trabajar el de que el trabajador reciba la remuneración correspondiente al cargo que desempeña.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4929. Autoridades Nacionales. Actor: Edilfredo Morales Villegas.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, señor Edilfredo Morales Villegas, contra la sentencia de doce (12) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las pretensiones de la demanda promovida en acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral contra el Departamento del Atlántico y el Fondo Educativo Regional ("FER").

Solicita el demandante que previos los trámites pertinentes se hagan las siguientes o parecidas declaraciones:

"1.– Que el Departamento del Atlántico y el FER, desde el 12 de noviembre de (ilegible) y hasta la fecha ha incumplido la obligación de pagar los sueldos, las vacaciones, primas de vacaciones y de navidad que se han causado a favor a mi mandante.

2.– Por virtud de la anterior declaración solicito que CONDENE a las entidades demandadas a pagar al actor las siguientes sumas de dinero:

a) La suma de $807.909.99 o la mayor que resulte probada, por concepto de salarios causados en el lapso comprendido entre el 12 de noviembre de 1981 y el 31 de julio de 1984.

b) La suma de $933,33 diarios por concepto de salarios, a partir del 1o. de septiembre de 1984.

c) La suma de $22.500.oo por concepto de salarios en vacaciones correspondientes al período transcurrido desde el 12 de noviembre de 1981 y el 11 de noviembre de 1983 y para el futuro.

d) La suma de $22.500.oo por concepto de primas de vacaciones en el período transcurrido desde el 12 de noviembre de 1981.

e) La suma de $47.666.66 por concepto de primas de navidad por el tiempo transcurrido desde el 12 de noviembre de 1981".

Para fundamentar su solicitud, el actor expone lo siguiente: por Decreto 453 del 14 de octubre de 1981, el Gobernador del Atlántico lo designó como promotor cultural en la escuela del Centro de Desarrollo Vecinal, de Sabanalarga, con cargo al programa IPC del Ministerio de Educación Nacional con un sueldo inicial de $20.000.oo mensuales, tomando posesión el 5 de noviembre siguiente y comenzando a prestar sus servicios el 12 de noviembre de dicho año.

Dice también que la junta administrativa del FER, mediante Acuerdo Nos. 02 y 06 de 1981 y en concordancia con el Centro de Integración Nacional creó la planta de personal del centro de integración popular de Sabanalarga. Por Resolución 294 de 7 de febrero de 1983, se aumentó el salario devengado por el actor en un 25% a partir del 1o. de enero de 1983, y por medio de la Resolución 456 de 23 de febrero de 1984 se aumentó el sueldo en un 18% a partir del 1o. de enero de 1984.

Ni el Departamento del Atlántico ni el FER, agrega el demandante, le han pagado al señor Morales Villegas los salarios, vacaciones, primas de vacaciones y de navidad que se han causado desde el 12 de noviembre de 1981 hasta la fecha de presentación de la demanda, es decir hasta el 10 de octubre de 1984; en otras palabras se vinculó a un empleado público con todos los requisitos legales y sin embargo no se ha cumplido con la obligación de pagar los salarios y prestaciones sociales previstos en la ley.

Dice también el libelo demandatorio que las entidades mencionadas no han expedido acto alguno negando el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales que ahora se reclaman.

Por memorial calendado a 10 de abril de 1984, el señor Morales Villegas formuló reclamo gubernativo. El 14 de mayo, el delegado del Ministerio de Educación ante el FER contestó dicho reclamo mas no el señor Gobernador por lo que se puede afirmar que la vía gubernativa se agotó el 10 de junio del año en curso (1984).

Como fundamento de derecho, el actor cita las normas que regulan la materia sobre salarios, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad. El concepto de violación lo expone de la siguiente manera:

"Como ya dije las normas citadas anteriormente consagran el derecho que tiene mi poderdante para que se le pague por las entidades oficiales demandadas los salarios, salarios en vacaciones, primas de vacaciones y de navidad que se han

causado desde la fecha en que comenzó la vinculación laboral hasta el presente y para el futuro.

Sin embargo dichas entidades oficiales eluden el cumplimiento de estas claras obligaciones.

Esa conducta omisiva y la obtención que son capaces de reproducir efectos jurídicos y en cuya realización influye de modo directo e inmediato la voluntad y la inteligencia, constituyen un acto administrativo.

Podríamos afirmar que se trata de un acto administrativo presunto y negativo.

Lo impugno recabando su nulidad y denunciando su inconstitucionalidad e ilegalidad, por lo consiguiente:

Este acto administrativo, violó por falta de aplicación o de conocimiento, los artículos 17, 20, 30 y 39 de la Constitución Nacional y todas las disposiciones legales citadas anteriormente.

Las normas constitucionales consagran el derecho al trabajo (art. 17), la responsabilidad de los funcionarios públicos por la infracción de la Constitución y leyes de la República, por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas (art. 20). El art. 30, el derecho de propiedad y los derechos adquiridos con justo título y el art. 39 quien garantiza teóricamente el derecho a escoger profesión y a ejercerla.

Es obvio que carece de sentido que se permita el ejercicio de la profesión elegida, pero se pretende que se labore sin paga.

Existe pues, un desconocimiento de las aludidas normas constitucionales con este acto administrativo presunto. Las disposiciones legales citadas que se refieren al derecho de devengar un salario y las primas de vacaciones y de navidad, fueron violadas por el acto administrativo presunto por falta de aplicacón, es decir, por el incumplimiento a satisfacer estas remuneraciones"-

DEL FALLO RECURRIDO

El Tribunal Administrativo del Atlántico se declaró inhibido para fallar de mérito contra el Fondo Educativo Regional del Atlántico, por carecer de legitimación en la causa por pasiva. En cuanto al Departamento del Atlántico, denegó las pretensiones de la demanda estimando que si bien es cierto que el Gobernador de ese departamento en la sesión de la junta directiva del FER del 6 de octubre de 1983 aceptó que el ente seccional debía reconocer el valor de los servicios prestados por el demandante (fol. 39), así como también una norma posterior al acto de nombramiento, o sea el artículo

6o. del Decreto 232 de 1983, radicó en dicha entidad territorial el pago de los emolumentos cuando los nombramientos se hicieran fuera de la planta de personal de los FER, también lo es que la no determinación del sueldo del actor en el decreto de nombramiento hace imposible atender las súplicas de la demanda.

DEL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Al descorrer el traslado de rigor, la señora Fiscal Quinto de la Corporación expuso lo siguiente:

"El despacho se permite hacer las siguientes consideraciones:

1.– Se ejerció la acción con base en el artículo 85 del C.C.A. y las pretensiones que se hicieron en la demanda son las propias de la acción de reparación directa y cumplimiento... para que se diera la acción de restablecimiento del derecho se ha debido solicitar en estricto rigor, la nulidad de un acto administrativo en cuanto se echa de menos en esta contención.

2.– Se señalan en la demanda (hecho 7o.) que "por medio de memorial calendado el 10 de abril de 1984, mi mandante formuló reclamo gubernativo.

El 14 de mayo de este año el delegado del Ministerio de Educación ante el FER contestó dicho reclamo mas no el señor gobernador del departamento, por lo cual se puede afirmar que la vía gubernativa se agotó el 10 de junio del año en curso". Está significando que el actor ha debido demandar los actos real y ficticio resultantes de esta actuación ante la administración, previo el debido agotamiento de la vía gubernativa.

3.– Se solicita la condena del departamento del Atlántico y del FER. En relación con el primero es imposible cualquier pronunciamiento de fondo por cuanto no se agotó previamente la vía gubernativa y en relación con el segundo se ha debido demandar al Ministerio de Educación Nacional por cuanto el Fondo Educativo Regional no tiene personería jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones.

De acuerdo con lo expuesto se solicita se revoque la providencia apelada y en su defecto se profiera decisión inhibitoria".

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

1.– Como se ha visto se solicita en la demanda que dio origen a este proceso se condene al Fondo Educativo Regional (FER) y al Departamento del Atlántico a pagar al actor los sueldos y demás prestaciones a los que, según él, tiene derecho por haber laborado como promotor cultural en la escuela del Centro de Desarrollo Vecinal de Sabanalarga.

2.– Con relación al Departamento del Atlántico, el Tribunal denegó las pretensiones de la demanda arguyendo para ello que "la no determinación del sueldo en el decreto de nombramiento hace imposible atender las súplicas de la demanda"; sin embargo, si bien es cierto que en tal acto no aparece estipulado el sueldo asignado al actor, observa esta Sala que en el acta de posesión que obra como prueba en el expediente (fol. 2), aparece claramente que dicha asignación fijada por acuerdo No. 26 de 1981 (fol. 29) ascendía a la suma de $20.000.oo mensuales. Esta cifra debe tomarse como base para hacer los pagos y liquidaciones correspondientes.

3.– Ahora bien, en cuanto se refiere al FER es sabido que esta clase de organismos carece de personería jurídica y que por lo tanto no tiene legitimación en la causa por pasiva, lo cual como bien lo anota el *a-quo* e igualmente la colaboradora fiscal. conducen a un pronunciamiento inhibitorio, y en efecto, así habrá de declararse.

4.– A su vez la Agencia del Ministerio Público solicita a la Sala se declare inhibida para pronunciarse de mérito, arguyendo que el actor no demandó "los actos real y *ficto* resultantes de esta actuación ante la Administración previo agotamiento de la vía gubernativa".

Estima la Sala que no hay lugar a tal pronunciamiento, pues no se puede incurrir en el rigorismo de impedir al juzgador la interpretación de la demanda, sacrificando el derecho sustancial en aras de ciertas formalidades. Por ello el juez debe valorar su contenido aun cuando ella no esté muy acorde con la técnica procesal. En el presente caso, analizando el libelo demandatorio en todo su contexto, si bien el apoderado del demandante incurrió en dichas fallas, dado que en el *petitum* no aparecen señalados tales actos, del capítulo del "Concepto de la Violación" surge con toda claridad que el actor sí lo impugnó recabando su nulidad", debiéndose, por consiguiente, fallar sobre el fondo de las pretensiones. No sobra acotar que el demandante solicitó a la Gobernación del Atlántico el reconocimiento y pago de dichas prestaciones (fol. 6), y ante el silencio guardado por ese organismo se produjo el acto que aquí se acusa, agotándose de esta forma la vía gubernativa.

5.– Ahora bien, consta en autos que el demandante fue nombrado promotor cultural en la escuela del Centro de Desarrollo Vecinal de Sabanalarga mediante Decreto 453 proferido por el Gobernador del Atlántico (fol. S) y tomó posesión del mismo el 12 de noviembre de 1981 (fol. 2). Quiere esto decir, que el demandante, Edilfredo Morales Villegas,fue vinculado por un acto legal y reglamentario creador derechos y obligaciones interpartes. En reiteradas jurisprudencias, ha sostenido el Consejo de Estado que esta clase de actos administrativos que reconocen una situación jurídica particular y concreta, están amparados por la presunción de legalidad que les da plena eficacia y obligatoriedad legales, generando la totalidad de los efectos jurídicos, mientras no sean anulados o suspendidos por la autoridad competente; por lo

tanto en el presente asunto, al incumplir la administración el pago de los salarios y demás prestaciones reclamados, derechos estos emanados de un acto administrativo cuya presunción de legalidad no está cuestionada, es obvio que se violó el art. 17 de la anterior Carta política (hoy art. 25) que establece que el trabajo goza de especial protección del Estado, que implica a mas del derecho a trabajar el de que el trabajador reciba la remuneración correspondiente al cargo que desempeña. Por las anteriores razones, las pretensiones de la demanda en lo relacionado con el departamento del Atlántico, tienen vocación de prosperidad, máxime cuando a folio 4 obra un oficio fechadoa 14 de mayo de 1984 suscrito por el delegado del Ministerio de Educación ante el FER, que dice a la letra:

> "Comedidamente informo a usted que la Junta Administradora del FER, en su sesión del día 16 de abril de 1984, tomó atenta nota de su solicitud y me ha ordenado contestarle que no es posible complacerla por tratarse de que su nombramiento se hizo para un cargo no autorizado por el Ministerio de Educación. La Junta recomienda a usted dirigirse al señor gobernador, quien en la sesión del 6 de octubre de 1983 conceptuó favorablemente la obligación que incumbe al departamento de cancelarle los servicios prestados en el IPC de Sabanalarga".

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

FALLA

1.– Revócase la sentencia de 12 de diciembre de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

2.– Declárase inhibido para decidir de mérito contra el Fondo Educativo Regional FER por carecer de legitimación en la causa por pasiva.

3.– Condénase al departamento del Atlántico a pagar los salarios y demás prestaciones que correspondan al señor Edilfredo Morales Villegas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE SU ORIGEN Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONTRALOR DEPARTAMENTAL–Período/GOBERNADOR–Período/ CONSTITUCION POLITICA/NORMA DEROGATORIA/NORMA REFORMATORIA

Como de conformidad con el artículo 246 del Decreto 1222 de 1986 el período de dos años señalado para los contralores departamentales en la mencionada Constitución, comenzaría a contarse desde el 1o. de enero de 1987, los contralores departamentales que venían actuando para la época en que principió a regir la Constitución de 1991, vencía el 31 de diciembre de 1992. Así las cosas, como el artículo 272 de la mencionada Carta Política estipuló que los contralores departamentales tendrán un período igual al de los gobernadores, resulta imperativo concluir que tales períodos son idénticos tanto en el tiempo de duración como en la fecha desde la cual deben comenzar a computarse. Es obvio entonces, que el período de los primeros contralores departamentales elegidos con base en la nueva Constitución, debe correr paralelamente al período del respectivo gobernador, ésto es, que comenzó el 2 de enero de 1992 y deberá terminar el 1o. de enero de 1995. La Constitución es norma reformatoria y derogatoria por excelencia, de acuerdo con las voces del artículo 9o. de la Ley 153 de 1887, por ende, es incuestionable que el período de los contralores contemplado en la Constitución de 1886, así como la fecha en que comenzaba aquel bajo la vigencia de esa Carta, quedó reformado a virtud de lo dispuesto en la Constitución de 1991.

SUBORDINACION JERARQUICA

Se desestiman las argumentaciones relacionadas con el supuesto desconocimiento por parte del Tribunal de su superior jerárquico al acoger los planteamientos expuestos por la Corte Constitucional en su

sentencia de 3 de abril de 1992, no sólo porque el identificarse con la fundamentación jurídica de un fallo proferido por una autoridad judicial distinta del superior, de ninguna manera implica de quien eso hace, el rechazo de la subordinación jerárquica que le impone el ordenamiento jurídico sino porque en relación con el tema, la opinión del Consejo de Estado es coincidente con la apreciación sobre la misma materia plasmada por la Corte Constitucional en dicha sentencia.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Docto Carlos A. Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 7331. Actos de las Asambleas. Actor: Armando Bacca Mena.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 26 de junio de 1992 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda promovida por Armando Bacca Mena contra el acto de la Asamblea Departamental del Magdalena que lo separó del cargo de Contralor Departamental.

LA DEMANDA

En el libelo correspondiente el actor pidió declarar la nulidad de la elección de Contralor General del Departamento del Magdalena efectuada por la Asamblea Departamental en la sesión celebrada el 25 de octubre de 1991, recaída en la doctora Rosa Victoria Campo Rodríguez y que como consecuencia, se le reintegre en el ejercicio del cargo.

En el Capítulo Hechos y Omisiones, el demandante relata que la mencionada asamblea en la sesión del 4 de octubre de 1990 lo eligió Contralor General del departamento para un período de dos años, comprendido entre el 1o. de enero de 1991 y el 31 de diciembre de 1992, cargo del que tomó posesión el 28 de diciembre de 1990 y que no obstante, la asamblea en la sesión de 25 de octubre de 1991 eligió como Contralor Departamental a la doctora Rosa Victoria Campo Rodríguez.

LA SENTENCIA

El Tribunal denegó las pretensiones del actor, en virtud de que estimó que no se transgredió el inciso 4o. del artículo 272 de la Carta Política, por cuanto como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia de 3 de abril de 1992, Magistrado ponente doctor José Gregorio Hernández, de la cual transcribe buena parte, del texto de esa norma

surge la indudable consecuencia de que los períodos de los gobernadores y de los contralores departamentales deben principiar y culminar al mismo tiempo. De modo, advierte al unísino con la Corte, que los contralores departamentales elegidos en 1990 se les terminó anticipadamente el período que culminaba el 31 de diciembre de 1992, al entrar en vigencia la nueva Constitución que introdujo la modalidad de dos períodos iguales en su duración y coincidentes en su iniciación para gobernadores y contralores departamentales.

En armonía con la sentencia aludida, el*a-quo* consideró igualmente que no se violó el numeral 6) del artículo citado, toda vez que mediante este se defiere a la ley el señalar las calidades adicionales para ser contralor; por tanto, esta disposición no guarda relación alguna con la facultad de la asamblea para elegir a dichos funcionarios. Señaló además el fallador que en lo atinente al argumento conforme al cual la negación por la Asamblea Constituyente de un proyecto de artículo propuesto por el Dr. Luis Guillermo Nieto Roa en el sentido de recortar el período de los contralores, es indicativa de que tal recorte no se dio, que se atiene a lo expresado por la Corte Constitucional sobre el particular en el fallo comentado, en el sentido de que ello no es así.

Finalmente, el sentenciador de primera instancia hizo suyo el criterio de la Corte respecto del pl. nteamiento relacionado con el desconocimiento del derecho adquirido del accionante de permanecer en el cargo hasta la culminación del período; criterio según el cual, no puede hablarse de derecho adquirido si el ordenamiento jurídico, por motivos de interés público, resuelve modificar la duración del mismo, haciendo concordar su iniciación con la de otros cargos que guardan relación con él.

EL RECURSO

Al interponer el recurso de apelación contra la sentencia comentada, luego de precisar que con las acciones de tutela y de nulidad y restablecimiento del derecho se persiguen objetos distintos (protección del derecho al trabajo y nulidad del acto) y que la competencia para conocer de ellas recaía en la Corte Constitucional y en la jurisdicción contencioso administrativa, el recurrente afirma que el Tribunal al señalar que no le era dable apartarse de lo definido por la Corte Constitucional, está desconociendo a su superior jerárquico, el Consejo de Estado, ya que sería admitir que en el futuro todos los Tribunales Administrativos del país tendrán que acoger lo decidido por la Corte Constitucional al fallar las acciones de tutela y no la jurisprudencia de esta Corporación; que la sentencia proferida por esa Corte a la cual se está haciendo referencia, no produce efectos de cosa juzgada respecto del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, porque el objeto y las partes son distintas y porque la competencia es excluyente de la justicia contencioso administrativa y no de la Corte Constitucional.

A renglón seguido el apelante recalca que de la exposición del doctor Luis Guillermo Nieto Roa ante la Asamblea Constituyente, se colige que la proposición y

discusión del artículo transitorio para hacer coincidir el período de los contralores con el de los gobernadores, permite colegir que en el numeral 4) del artículo 272 no se estableció esa coincidencia de períodos y al negarse esa proposición desapareció la predicada simultaneidad de aquellos.

Que es tan cierto que la intención de los constituyentes no fue el de recortar los períodos de los contralores en ejercicio, que entre las barras constituidas por éstos se produjo un alborozo al negarse la aprobación del artículo transitorio que así lo disponía, que obligó a requerir su retiro del recinto.

Así las cosas, asevera, se demuestra que el acto acusado violó sin amparo constitucional o legal alguno, el artículo 250 del Decreto 1222 de 1986, que establece las razones por las cuales pueden ser removidos los contralores municipales y en su caso, no se presentaba ninguna de ellas.

Igualmente, el recurrente sostiene que muchas asambleas departamentales se abstuvieron de nombrar contralores y que no es justo que mientras a unos contralores departamentales se les tuteló el derecho fundamental del trabajo y gozan de su remuneración y prestaciones sociales, a los que arbitrariamente fueron removidos no se les reconozca la correspondiente indemnización.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado, es de opinión que el fallo debe confirmarse, esencialmente por cuanto la estipulación contemplada en el artículo 250 del Decreto 1222 de 1986 en el sentido de que los contralores sólo pueden ser removidos antes del vencimiento de su período por sentencia judicial o por decisión del Procurador General de la Nación, "no significa una absoluta inamovilidad de los contralores que, al momento de expedirse la nueva Constitución, venían ejerciendo el cargo, pues ésta, como fundamento de todo el ordenamiento jurídico del Estado, bien podía modificar no sólo el período de los contralores departamentales, sino el de cualquier otro funcionario, y aún más variar la estructura de la Administración Pública, teniendo en cuenta –como bien lo señaló el concepto del Consejo de Estado– no el interés particular de determinadas personas, sino el servicio general de la comunidad, como se infiere, entre otras normas, de lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución" (folio 126).

Rituada la segunda instancia, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

La Constitución de 1886 en su artículo 187 numeral 8o. establecía que correspondía a las asambleas departamentales por medio de ordenanza, organizar las contralorías departamentales y elegir contralores departamentales para períodos de dos años.

Como de conformidad con el artículo 246 del Decreto 1222 de 1986 el período de dos años señalado para los contralores departamentales en la mencionada Constitución, comenzaría a contarse desde el 1o. de enero de 1987, los contralores departamentales que venían actuando para la época en que principió a regir la Constitución de 1991, vencía el 31 de diciembre de 1992.

La Constitución de 1991 modificó expresamente la de 1886 en este aspecto.

En efecto, en el artículo 272 inciso 4o. preceptúa que a las asambleas "les corresponde elegir contralor para período igual al del gobernador o alcalde, según el caso".

En términos del artículo 303 de la Carta Política vigente, los gobernadores serán elegidos para períodos de tres años y según lo estatuyó el artículo 16 transitorio de la misma Carta, los gobernadores elegidos el 27 de octubre de 1991, tomarían posesión el dos de enero de 1992.

Así las cosas, como el artículo 272 de la mencionada Carta Política estipuló que los contralores departamentales tendrán un período igual al de los gobernadores, resulta imperativo concluir que tales períodos son idénticos tanto en el tiempo de duración como en la fecha desde la cual deben comenzar a computarse. Es obvio entonces, que el período de los primeros contralores departamentales elegidos con base en la nueva Constitución, debe correr paralelamente al período del respectivo gobernador, ésto es, que comenzó el 2 de enero de 1992 y deberá terminar el 1o. de enero de 1995.

La Constitución es norma reformatoria y derogatoria por excelencia, de acuerdo con las voces del artículo 9o. de la Ley 153 de 1887, por ende, es incuestionable que el período de los contralores contemplado en la Constitución de 1886, así como la fecha en que comenzaba aquel bajo la vigencia de esa Carta, quedó reformado a virtud de lo dispuesto en la Constitución de 1991.

Siendo claro el alcance del artículo 272 de la Constitución de 1991, resulta inapropiado acudir a lucubraciones como las planteadas por el demandante y ahora recurrente, para llegar a conclusiones diferentes a aquellas que expresamente surgen del texto de la norma.

Igualmente, se desestiman las argumentaciones relacionadas con el supuesto desconocimiento por parte del Tribunal de su superior jerárquico al acoger los planteamientos expuestos por la Corte Constitucional en su sentencia de 3 de abril de 1992, no sólo porque el identificarse con la fundamentación jurídica de un fallo proferido por una autoridad judicial distinta del superior, de ninguna manera implica de quien eso hace, el rechazo de la subordinación jerárquica que le impone el ordenamiento jurídico sino porque en relación con el tema, la opinión del Consejo de Estado es coincidente con la apreciación sobre la misma materia plasmada por la Corte Consti-

tucional en dicha sentencia. Además, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, con antelación a la dictación del aludido fallo –10 de septiembre de 1991–, se había pronunciado en idéntico sentido al expuesto por la Corte Constitucional, y preci-samente en esa oportunidad dicha Corte manifestó que su criterio sobre el tema guardó total consonancia con el de la Sala de Consulta, en el sentido de que del texto del artículo 272 de la Carta Política, se infiere que el período de los contralores departamentales se igualó al de los gobernadores, no sólo en su duración sino en la coincidencia de la iniciación del mismo y por ello los tres años deben contarse a partir del 2 de enero de 1992.

Tampoco son de recibo las argumentaciones en el sentido de que la negativa de la Asamblea Constituyente a una propuesta de artículo transitorio en el que se señalaba que las Asambleas deberán elegir nuevos contralores en el mes de noviembre de 1991, y que éstos se posesionarían el 2 de enero de 1992, es indicativo de que dicha Asamblea no pretendía recortar el período de los contralores que se hallaban ejerciendo su cargo en ese momento, por cuanto en virtud de la transferencia del numeral 4) del artículo 272 de la Carta Política; no se requiere del análisis de aquellos para captar su verdadero significado y alcance, como lo acotó la Corte Constitucional en la sentencia a que se hizo referencia.

De acuerdo con lo expuesto deberá confirmarse el fallo del *a-quo*.

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:

CONFIRMASE la sentencia de 26 de junio de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en el proceso promovido por Armando Bacca Mena en orden a obtener la nulidad de la elección de Contralor General del Departamento del Magdalena, en la sesión del 25 de octubre de 1991, de la Asamblea Departamental, recaída en la persona de la doctora Rosa Victoria Campo Rodríguez.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN

El anterior proyecto fue leído, discutido y aprobado por la Sala en sesión celebrada el veintiocho (28) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPLEO–Definición/**EMPLEADO**–Definición/**FUNCIONARIO**–Definición/**PROVISION DE EMPLEO/CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS**–Autorización Expresa/**FUNCION PUBLICA**–Ejercicio/**EMPLEADO PUBLICO**-Inexistencia

Según los preceptos del artículo 1o. del Decreto 3074 de 1968, se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la Ley y el Reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural. Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo que ha tomado posesión del mismo. El Decreto 1950 de 1973 art. 3o. determinó taxativamente por su naturaleza y forma cómo deben ser provistos los empleos siendo éstos de libre nombramiento y remoción y de carrera. Si bien es cierto que para el ejercicio de función pública en el contrato de prestación de servicios se pidió la autorización de que trata el artículo 163 del Decreto 222 de 1983, el art. 169, *ibídem*, permite concluir, a *contrario sensu,* que existen excepciones a esa limitación las cuales no fueron alegadas dentro del *sub-exámine* pues ellas se proyectarían o influirían sobre la validez del contrato. Esta omisión es una actividad bilateral, como es la contratación administrativa, no podría transformarlo en acto administrativo, que significaría la vinculación al servicio como empleado público, pues el ingreso al servicio es fruto de una determinación unilateral del nominador, así medie el àcto de aceptación y posesión subsiguiente, los cuales no complementan la voluntad de aquél. En consecuencia, la naturaleza del contrato sigue siendo de carácter administrativo de prestación de servicios, y las eventuales omisiones que hayan ocurrido no lo transformarían en la voluntad administrativa propia del acto de nominación para el desempeño de un empleo público.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No.7630. Autoridades Nacionales. Actor: Martha Oliva Bedoya Ferro.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida el once de septiembre de 1992 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual denegó las súplicas incoadas por la señora MARTHA OLIVA BEDOYA FERRO, por conducto de apoderado, contra la Nación, Oficio JAF-049-91 del 28 de agosto de 1991, expedido por el señor Secretario de la Junta Administradora del FER Risaralda.

LA DEMANDA:

E:n el escrito de demanda (fls. 68-85), se ejerció la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del C.C.A., contra el oficio JAF-049-91 suscrito por el Delegado del MEN ante el FER Risaralda, por medio del cual se abstuvo de atender la solicitud de pago de prestaciones sociales a la demandante. Como hechos que sustentan las pretensiones se indica que Martha Oliva Bedoya Ferro sirvió al Ministerio de Educación Nacional (FER Risaralda), desde el 13 de febrero de 1986 al 5 de marzo de 1991, sin solución de continuidad. Que durante ese lapso desempeñó funciones de tipo administrativo celebrando en dos oportunidades contrato de prestación de servicios con el FER Risaralda por períodos anuales; y el resto del tiempo a través de "órdenes de trabajo".

Nunca se le pagó suma alguna por concepto de prestaciones sociales.

Se citan como transgredidas por el acto acusado las siguientes disposiciones: Decreto 3135 de 1968; Decreto 1848 de 1969; Decreto 1042 de 1978; Decreto 222 de 1983; Decreto 2789 de 1988; Decreto 525 de 1990 y Decreto 747 de 1949.

La parte demandada guardó silencio en relación con las pretensiones de la demanda.

LA SENTENCIA:

El Tribunal Administrativo de Risaralda denegó las pretensiones de la demanda con fundamento en que no se acreditó la calidad de empleado público de la actora, porque la estipulación convencional del horario de trabajo en que deben pactarse los servicios no es incompatible con la naturaleza del contrato de prestación de servicios profesionales de que trata el artículo 163 del Decreto 222 de 1983.

EL RECURSO:

En la sustentacion del recurso (fls. 139-141) la parte actora ataca la sentencia de primer grado porque se desatendieron las súplicas con el argumento de que al no haber obtenido el FER Risaralda la autorización expresa de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia de la República, se afecta la eficacia o válidez del contrato siendo un craso error de interpretación pues los yerros de los servidores públicos, en un estado de derecho, no pueden afectar los intereses de los particulares.

La regla general es la de que las personas que laboran en los Ministerios, etc., son empleados públicos y por tanto tienen derecho a sus prestaciones económicas las que no pueden burlarse con la argumentación de que la vinculación acaeció bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios, pues el desempeño de la demandante fue siempre netamente administrativo, ejerciéndose un permanente control sobre la "funcionaria" sometiéndola a un horario de trabajo. Se pide en consecuencia la revocatoria del fallo impugnado, y en su lugar acceder a las súplicas de la demanda.

POSICION DEL MINISTERIO PUBLICO:

La Procuradora Novena Delegada ante esta Corporación presentó alegato (fls. 149-159), en el cual hace un estudio detallado de los planteamientos de la demanda, que finaliza solicitando que se confirme la sentencia apelada.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a desatar el recurso de alzada, previas las siguientes

CONSIDERACIONES :

El cargo de nulidad que se plantea en la demanda depende de establecer si la demandante cumplió verdaderamente un cargo público o estuvo vinculada a la Administración mediante un contrato de prestación de servicios pues, se ha propuesto veladamente que hubo desviación de poder.

Según los preceptos del artículo 1o. del Decreto 3074 de 1968, se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la Ley y el Reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural, empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo que ha tomado posesión del mismo.

El Decreto 1950 de 1973 art. 3o. determinó taxativamente por su naturaleza y forma cómo deben ser provistos los empleos siendo éstos de libre nombramiento y remoción y de carrera.

La Sala no puede dejar de advertir, que si bien es cierto que se pidió la autorización de que trata el art. 163 del Decreto 222 de 1983, el art. 169, *ibídem*, permite concluir,

a *contrario sensu* que existen excepciones a esa lirnitación las cuales no fueron alegadas dentro del *sub-exámine* pues ellas se proyectarían o influirían sobre la validez del contrato.

Esta omision en una actividad bilateral, como es la contratación administrativa, no podría transformarlo en acto administrativo, que significaría la vinculación al servicio como empleado público, pues el ingreso al servicio es fruto de una determinación unilateral del nominador, así medie el acto de aceptación y posesión subsiguiente, los cuales no complementan la voluntad de aquél.

En consecuencia, la naturaleza del contrato sigue siendo de carácter administrativo de prestación de servicios, y las eventuales omisiones que hayan ocurrido no lo transformarían en la voluntad administrativa propia del acto de nominación para el desempeño de un empleo público.

Conclúyese de todo lo anterior, que la contratación para la prestación de servicios está autorizada por la ley. En autos está probado que la actora se vinculó al Ministerio de Educación Nacional a través de contratos de prestación de servicios, siendo su objeto la prestación personal de servicios en las secciones nómina y archivo, con las funciones asignadas por su jefe inmediato.

No nos hallamos frente al conocimiento de una acción relativa a la contratación administrativa (art. 87) sino al eventual desvío de las atribuciones del funcionario contratante, que utilizó la forma externa del contrato administrativo de prestación de servicios, omitiendo la generación de un nombramiento ordinario de la actora en la planta de la entidad; en ese orden de ideas, como no resulta contrario a la ley el cumplimiento de funciones administrativas mediante celebración y ejecución de un contrato administrativo de prestación de servicios, no existiría motivo de nulidad respecto del acto acusado.

Ahora bien, esta conclusión no riñe con la realidad procesal que emana de la prueba testimonial recaudada, pues los deponentes dan cuenta de la actividad personal de la actora, su horario de trabajo y el cumplimiento de labores específicas, lo cual se puede materializar a través del contrato de prestación de servicios.

Por último, dicha realidad no configuraría un motivo falso que afectara el acto cuestionado, pues se limita a constatar que objetivamente hubo un contrato de prestación de servicios y que la consecuencia legal de esta relación jurídica es la señalada por el artículo 164 del Decreto 222 de 1983, reiterado por la nueva ley de contratación estatal, que implica la inaplicabilidad de las normas que regulan la situación legal y estatutaria de los empleados públicos del orden nacional en materia de prestaciones sociales, porque la actora no lo fue.

En merito 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:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el once (11) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992) en el proceso incoado por la señora MARTHA OLIVA BEDOYA FERRO, en orden a obtener la nulidad del Oficio JAF-049-91 del 28 de agosto de 1991, expedido por el Secretario de la Junta Administradora del FER Risaralda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión del dieciocho (18) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD–Improcedencia/**ACTO GENERAL**

La excepción de inconstitucionalidad consiste en dejar de aplicar en un caso particular una norma legal, por ser manifiestamente violatoria de disposiciones constitucionales. Aquí no se está frente a un caso particular sino a una acción de nulidad, y la sentencia que le pone fin al proceso tiene efectos *erga omnes*. Es claro entonces que resulta improcedente la petición encaminada a aplicar una excepción de inconstitucionaliddad.

EMPLEADOS PUBLICOS DEL RAMO DE LA DEFENSA/MINISTERIO DE DEFENSA/POLICIA NACIONAL/JORNADA DE TRABAJO/PROFESIONAL DE LA SALUD/POTESTAD REGLAMENTARIA/ PRESIDENIE DE LA REPUBLICA–Facultades

El artículo 17 del Decreto 380 de 1986 se limitó a facilitar la efectiva aplicación del artículo 60 del Decreto 2247 de 1984, el cual remitió a la jornada de trabajo reglamentaria. Este artículo no infringe la norma que reglamenta, ya que en ella no se fija ninguna jornada de trabajo. Remite a la reglamentaria que normalmente es de 8 horas diarias y 44 semanales, haciendo excepciones en cuanto a los profesionales de la salud, quienes pueden tener jornada inferior, según las necesidades del servicio. No se aprecia aquí exceso en la potestad reglamentaria que continúa estando atribuida al Presidente de la República por disposición Constitucional.

DERECHOS ADQUIRIDOS–Improcedencia/**ACCION DE NULIDAD**–Finalidad

Tratándose de una acción de simple nulidad, no es de recibo el análisis relacionado con violación de derechos adquiridos, de los que siempre es titular una persona particular, porque la finalidad de esta acción es la defensa del orden jurídico.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 4581. Autoridades Nacionales. Actor: Jorge Antonio Pedraza Picón.

El Doctor José Antonio Pedraza Picón. en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita se declare la nulidad de la Circular número 61330-CEITE-J-486 del 11 de mayo de 1989 del Comandante del Ejército, relacionada con la jornada laboral de los profesionales al servicio de la Fuerza, y del artículo 17 del Decreto 380 de 1986 que reglamenta algunas disposiciones del Decreto 2247 de 1984, contentivo del Estatuto de Personal Civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional. Como fundamentos legales y jurídicos de las pretensiones formuladas en el escrito demandatorio (fls. 5, 6 y 7 cdno. ppal.) manifiesta, en síntesis, que mediante el ejercicio del poder reglamentario no se trata de reproducir los textos legales, sino de darles alcance práctico para su cumplimiento; que no puede hacerse uso de ese poder, para dictar ordenamientos generales, impersonales y para arreglar situaciones subjetivas de carácter particular e individuales, establecidas antes del reglamento, porque se desborda lo dispuesto en el artículo 120 numeral 3 de la Constitución Política anterior; que menos aún se puede proferir esta clase de reglamentaciones objetivas e impersonales, originadas en una autoridad subalterna, porque se invade la órbita jurídica de la persona que verdaderamente tiene la capacidad de administrar, ya que la función subalterna en lo administrativo es solo de cumplimiento y no de ordenamientos administrativos, que es lo que parece suceder con la circular acusada, en la cual se pretende aplicar bajo la vía de una circular general, el artículo 17 del Decreto 380 de 1986, reglamentario del Decreto-Ley 2247 de 1984; que si esta circular tiene carácter reglamentario se presenta una sustracción de materia, porque ya el artículo 17 del Decreto 380 de 1986 ejerció esa función que es presidencial y no de subalternos; que si la circular no tiene dicho carácter, desborda por exceso de reglamentación el artículo 17 del Decreto 380 de 1986, que con desvío de poder cambió la naturaleza facultativa de los horarios de trabajo para el sector médico y paramédico, segun las necesidades de cada repartición, por otro sistema que no ha señalado el legislador, esto es, el de horario rígido, general, donde no cabe la excepción, para fijarlo en ocho horas diarias, 40 semanales, sin perjuicio de la disponibilidad; que so pretexto del reglamento, se legisló, sustituyendo lo facultativo, por un sistema dispositivo de 8 horas diarias o 40 semanales; que este desvío

de poder es contrario a los artículos 76.9 y 76.10 de la Carta de 1886, por lo que los actos enjuiciados deben anularse y suspenderse, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887; que por razón de técnica y formalidad de la demanda, se indica que las normas que se dejan de aplicar, es decir, que se violan, son el artículo 60 del Decreto 2246 de 1984 (sic), en cuanto se cambian los términos del horario de 4 horas o facultativo para cada sector, por un horario rígido o inflexible de 8 horas para el personal de empleados civiles del primer grupo; que como la administración pública o militar responde por acción u omisión en virtud de las facultades legales que el legislador le haya concedido y se ha fijado por la vía del artículo 60 una competencia facultativa en las reparticiones administrativas del Ministerio de Defensa, no es jurídico invocar el artículo 17 del Decreto 380 para sustraer la administración militar de lo que es facultativo, para imponer a través del señor comandante del Ejército una regulación contraria fija de 8 horas, con carácter de generalidad; que este desvío de poder se sanciona con nulidad por vía del artículo 12 de la Ley 153 de 1887; que la competencia le corresponde al señor ministro del ramo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto Ley 3135 de 1971 (sic), actualmente vigente.

En la corrección de la demanda (fls. 22 y 23 *ibídem*) se propone aplicar la excepción de inconstitucionalidad por exceso en la expedición del artículo 60 del Decreto 2247 de 1984, dictado en ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley 19 de 1983, por cuanto ésta no confirió autorización para regular lo atinente al horario de trabajo de los empleados del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, lo cual tampoco puede hacerse mediante decreto reglamentario, lo que implica violación directa del artículo 76, numerales 10 y 12 de la Carta de 1886 y se legisla contra lo previsto en el artículo 55 de la misma, ejercitándose así una facultad no autorizada por la vía extraordinaria del artículo 118.8.

En el libelo se pidió la suspensión provisional de los actos acusados (fls. 7, 8 y 9 *ibídem*), solicitud que fue negada por auto de 26 de octubre de 1990 (fl. 31 *ibídem*).

La Nación (Ministerio de Defensa Nacional), mediante apoderado, en la contestación de la demanda, por los motivos allí expuestos, pide se denieguen las peticiones formuladas en el escrito introductorio (fls. 42 a 44).

EL CONCEPTO FISCAL

La doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado en su concepto de fondo, solicita la anulación del artículo 17 del Decreto 380 de 1986 y se denieguen las demás súplicas de la demanda (fls. 75 a 82 *ibídem*).

Expresa la agencia del Ministerio Público que en el caso *sub-lite* no es dable aplicar la excepción de inconstitucionalidad solicitada por la parte actora, pues para el efecto se requiere que exista una manifiesta incompatibilidad entre el Decreto-Ley 2247 de

1984 y la Constitución Nacional y no cuando medien otras razones; que para llegar a sostener que el citado decreto infringió la Carta, es necesario analizar si la autoridad que lo dictó se extralimitó o no en las facultades concedidas en la Ley 19 de 1983, evento imposible de llevar a cabo para aplicar la figura jurídica referida, ya que el precepto constitucional exige la manifiesta violación de la disposición inferior con la superior; que el artículo 17 del Decreto número 380 del 3 de febrero de 1986 al establecer la jornada de trabajo de los empleados públicos del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, se extralimitó en el ejercicio de la potestad reglamentaria, por cuanto el Decreto 2247 de 1984 le había otorgado esa competencia a otra autoridad, vale decir, a la que dirige la respectiva repartición; que por ende, el gobierno no podía a través del mencionado artículo determinar los alcances de la ley, por cuanto no está dentro de los límites de lo reglamentado; que en otros términos, habiendo la ley especificado claramente la autoridad competente para fijar la respectiva jornada laboral, mal podía la norma reglamentaria entrar a señalarla, ya que el legislador extraordinario se había desprendido de esa atribución; que en lo atinente a la circular acusada se tiene que la primera parte se limita a transcribir los textos de los artículos 60 y 17 de 108 Decretos 2247 de 1984 y 380 de 1986; que los parágrafos siguientes de la circular están señalando la aplicación de los mismos para cierto personal al indicar que éste debe trabajar un mínimo de 30 horas semanales, para ser acreedor al beneficio de la prima de disponibilidad y en el último de ellos, está ordenando cómo deben aplicar la jornada laboral; que de la manera como está concebida la circular, el Comandante del Ejército podía establecer la jornada de trabajo al personal allí indicado al dar cumplimiento al artículo 60 del Decreto 2247 de 1984, debido a que las disposiciones invocadas como violadas no desvirtúan la competencia de la autoridad que profirió el acto.

CONSIDERACIONES:

Tres son los puntos por dilucidar en este proceso:

1o. La inaplicabilidad, por vía de la excepción de inconstitucionalidad, del artículo 60 del Decreto-Ley 2247 de 1984.

2o. La nulidad del artículo 17 del Decreto Reglamentario 380 de 1986.

3o. La nulidad de la Circular No.61330-CEIT-J-486 del 11 de mayo de 1989, expedida por el comandante del Ejército.

En cuanto al primer punto el criterio de la Sala es el siguiente:

La norma en cuestión reza:

> "Jornada de Trabajo. Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional deben prestar sus servicios dentro de la jornada reglamentaria de la respectiva repartición sin perjuicio de la permanente disponibilidad".

Este artículo, que no señala específicamente ninguna jornada de trabajo sino que remite a la reglamentaria, es decir, la fijada en otras disposiciones, no puede dejar de aplicarse en este proceso por vía de la excepción de inconstitucionalidad, pues la que se ha interpuesto es una acción de nulidad contra actos de carácter general.

La excepción de inconstitucionalidad consiste en dejar de aplicar en un caso particular una norma legal, por ser manifiestamente violatoria de disposiciones constitucionales.

Pero aquí no se está frente a un caso particular sino a una acción de nulidad, y la sentencia que le pone fin al proceso tiene efectos *erga ommes*. Es claro entonces que resulta improcedente la petición encaminada a aplicar una excepción de inconstitucionalidad.

Por otra parte, es contradictorio solicitar la inaplicación de la norma reglamentada y al mismo tiempo sostener que hubo exceso de la potestad reglamentaria, que es uno de los argumentos esgrimidos para atacar el artículo 17 del Decreto 380 de 1986, reglamentario del artículo 60 del Decreto-Ley 2247 de 1984.

El segundo punto se refiere a la nulidad del artículo 17 del Decreto 380 de 1986, que dispone:

> "Para los efectos de lo previsto en el artículo 60 del Decreto 2247 de 1984, los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional son de tiempo completo y su jornada de trabajo será de ocho (8) horas diarias, sin perjuicio de la permanente disponibilidad".
>
> **Parágrafo:** Excepcionalmente, y cuando las necesidades y modalidades del servicio lo ameriten, podrán nombrarse médicos y odontólogos para laborar en jornada de trabajo no inferior a cuatro (4) horas diarias".

A juicio de la Sala, este artículo se limitó a facilitar la efectiva aplicación del artículo 60 del Decreto 2247 de 1984, el cual remitió a la jornada de trabajo reglamentaria.

Este artículo no infringe la norma que reglamenta, ya que en ella no se fija ninguna jornada de trabajo. Remite a la reglamentaria que normalmente es de 8 horas diarias y 44 semanales, haciendo excepciones en cuanto a los profesionales de la salud, quienes pueden tener jornada inferior, según las necesidades del servicio.

No se aprecia aquí exceso en la potestad reglamentaria que continúa estando atribuida al Presidente de la República por disposición Constitucional.

La Sala en este punto se aparta del concepto emitido por la Fiscalía, pues no acepta el argumento según el cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 60 del

Decreto 2247 de 1984, el Presidente de la República habría sido despojado del poder de reglamentar lo relacionado con la jornada de traba,jo de los empleados del ramo de defensa. Y no puede aceptarlo, porque la norma así entendida resultaría inconstitucional. En ella no se dispuso que fueran autoridades distintas las que se ocuparan de fijar una jornada, sino simplemente se refirió a la aplicación en cada repartición, de la jornada ordinaria.

Tampoco influyen en la legalidad del artículo 17 del Decreto 380 de 1986 las disposiciones sobre escalas de remuneración de los empleos.

El artículo que senala un horario de 8 horas o de 4 y las normas que indican la remuneración de los empleos son independientes entre sí y las unas no afectan la legalidad de las otras.

Examinando casos concretos, podría llegarse a establecer la inadecuada remuneración de un empleado, en razón del horario que cumple; mas no la ilegalidad del señalado en forma general para los empleados de una dependencia.

Además, tratándose de una acción de simple nulidad, no es de recibo el análisis relacionado con violación de derechos adquiridos, de los que siempre es titular una persona particular, porque la finalidad de esta acción es la defensa del orden jurídico.

El tercer punto es el relacionado con la nulidad de la Circular No.61330-CEIT-J-486 de 11 de mayo de 1989.

Mediante este acto el Comandante del Ejército reiteró y solicitó a los comandantes de las diferentes reparticiones el cumplimiento del artículo 60 del Decreto 2247 de 11 de septiembre de 1984 y del artículo 17 del Decreto 380 de 3 de febrero de 1986, los cuales transcribe.

Da además algunas indicaciones sobre mínimo de horas de trabajo semanal del personal de sanidad, de los médicos y odontólogos que estén adelantando el año rural obligatorio y finalmente señala que los médicos y odontólogos generales deberán laborar un mínimo de 40 horas semanales y los oficiales especialistas un mínimo de 30 semanales para tener derecho a prima de disponibilidad.

El ataque concreto contra esta circular no es muy claro, porque los formulados cobijan indistintamente los diferentes actos que se acusan.

La Sala observa que la circular se limita a solicitar el cumplimiento de otras normas y no contiene disposiciones nuevas que estén expresamente atacadas en la demanda.

No siendo procedente la excepción de inconstitucionalidad propuesta contra el artículo 60 del Decreto 2247 de 1984, ni habiéndose desvirtuado la presunción de

legalidad del artículo 17 del Decreto 380 de 1986, tampoco es posible acceder a la anulación de la circular mencionada, en los términos en que lo solicita la demanda.

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

FALLA:

Niéganse las súplicas de la demanda presentada por el Doctor José A. Pedraza Picón.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y UNA VEZ EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA ARCHIVESE EL EXPEDIENTE. CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz* (salva Voto), *Clara Forero de Castro, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno, Pedro Charria Angulo,* Conjuez (ausente).

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

JORNADA DE TRABAJO–Definición/(Salvamento de Voto).

Como es de conocimiento, la jornada de trabajo, que por lo demás ha sido causa de intensas luchas laborales a través de la historia, es el período de tiempo durante el cual los funcionarios deben laborar en virtud de los compromisos derivados de su vínculo laboral, y por el cual reciben como contraprestación el correspondiente salario; período y salario que no comprenden el tiempo no comprometido por el empleado y que normalmente destina al descanso y al cumplimiento de sus actividades sociales y familiares. Por su parte el horario de trabajo hace relación a la distribución de dicha jornada dentro del día laboral.

JORNADA DE TRABAJO–Fijación/**CONGRESO DE LA REPUBLICA/ COMPETENCIA**–(Salvamento de Voto)

Siendo la duración de la jornada de trabajo uno de los factores esenciales para determinar el salario, y correspondiéndole al legislador la fijación del régimen de remuneración de los funcionarios públicos de acuerdo con el ordenamiento constitucional de 1886, debe deducirse como consecuencia, que a éste también le corresponde determinar la jornada de trabajo, toda vez que la retribución salarial del empleado está condicionada, entre otros factores, al período durante el cual los funcionarios deben laborar. Obsérvese, por ejemplo, cómo el artículo 33 del Decreto-Ley 1042 de 1978 al aludir a la jornada de trabajo, destaca que la asignación mensual fijada en las escalas de remuneración consagradas en dicho decreto, corresponde a jornadas de 44 horas semanales.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Salvamento de Voto de *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 4581. Autoridades Nacionales. Actor: Jorge Antonio Pedraza Picón.

Con mi acostumbrado respeto por la decisión adoptada por la mayoría de los integrantes de la Sección, consigno a continuación las razones por las cuales a mi juicio se debió acceder a decretar la nulidad del artículo y la circular demandados en el *sub-lite:*

El Decreto parcialmente demandado, 380 de 1986, dictado en ejercicio de la facultad conferida al Presidente de la República por el numeral 3o. del artículo 120 de la Carta de 1886, es de inferior jerarquía normativa respecto del Decreto 2247 de 1984, expedido en ejercicio de las facutades extraordinarias concedidas al Ejecutivo por la Ley 19 de 1983.

El artículo 60 del referido decreto extraordinario, no estableció expresamente la jornada laboral de los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, pues delegó en el reglamento esa función al determinar que tales servidores debían "prestar sus servicios dentro de la jornada reglamentaria de la respectiva repartición", lo cual se vino a disponer mediante el artículo 17 del Decreto Reglamentario 380 de 1986, al señalar que dichos funcionarios son de tiempo completo y su jornada de trabajo será de ocho horas diarias, sin perjuicio de la permanente disponibilidad; además de lo que se dispuso al respecto en el parágrafo de dicho artículo.

Como es de conocimiento, la **jornada de trabajo,** que por lo demás ha sido causa de intensas luchas laborales a través de la historia, es el período de tiempo durante el cual los funcionarios deben laborar en virtud de los compromisos derivados de su vínculo laboral, y por el cual reciben como contraprestación el correspondiente salario; período y salario que no comprenden el tiempo no comprometido por el empleado y que normalmente destina al descanso y al cumplimiento de sus actividades sociales y familiares. Por su parte el **horario de trabajo** hace relación a la distribución de dicha jornada dentro del día laboral.

Ahora bien, para determinar cual es la autoridad que para la época tenía competencia para señalar la jornada de trabajo, a mi juicio se debe acudir a lo dispuesto en el artículo 76 numerales 9o. y 10o. de la Carta de 1886, invocados como infringidos en el escrito introductorio (folios 6 y 23 cdno. ppal.), de los cuales se infiere que la jornada de trabajo de los empleados públicos debe ser regulada en la ley o en disposición de igual jerarquía, pues al legislador compete fijar tanto las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, como la función de regular los demás aspectos atinentes al servicio público.

Siendo la duración de la jornada de trabajo uno de los factores esenciales para determinar el salario, y correspondiéndole al legislador la fijación del régimen de remuneración de los funcionarios públicos de acuerdo con el ordenamiento constitucional de 1886, debe deducirse como consecuencia, que a éste también le corresponde determinar la jornada de trabajo, toda vez, que la retribución salarial del empleado está condicionada, entre otros factores, al período durante el cual los funcionarios deben laborar. Obsérvese, por ejemplo, cómo el artículo 33 del Decreto-Ley 1042 de 1978 al aludir a la jornada de trabajo, destaca que la asignación mensual fijada en las escalas de remuneración consagradas en dicho decreto, corresponde a jornadas de 44 horas semanales.

No obstante, si cualquier duda pudiera presentarse sobre la competencia del legislador para regular la jornada laboral de los funcionarios públicos a la luz de lo dispuesto en el numeral 9o. del artículo 76 de la Constitución Política anterior, ella quedaría despejada al tenor de lo prescrito en el ordinal 10o. del referido precepto constitucional, que establece que corresponde al Congreso "Regular los otros aspectos del servicio público".

Así las cosas, siendo el señalamiento de la jornada de trabajo de los empleados públicos competencia del legislador, el artículo 17 del Decreto Reglamentario 380 de 1986 acusado, resulta inconstitucional y, por ende, debió ser declarado nulo, como lo solicitó la parte actora en el libelo demandatorio.

En lo que se relaciona con la circular acusada número 61330-CEITE-J-486 del 11 de mayo de 1989 expedida por el Comandante del Ejército, se observa que las indicaciones que allí se dan sobre la jornada laboral de los profesionales al servicio de la Fuerza, se apoyan en lo dipuesto sobre la materia en los artículos aludidos de los Decretos 2247 de 1984 y 380 de 1986, que se transcriben en el texto de dicha circular.

En dicho acto el Comandante del Ejército expresa que teniendo en cuenta las inspecciones practicadas a las unidades, se ha venido apreciando que no hay uniformidad en la jornada laboral que deben cumplir los empleados profesionales del primer grupo, dando lugar a un trato discriminatorio y perjudicial para la institución y para ellos mismos, y reitera la necesidad de dar cumplimiento a las normas a que se ha hecho referencia. Recuerda que, en general, los empleados del primer grupo, deberán laborar un mínimo de 40 horas semanales; que los médicos y odontólogos generales que se encuentren adelantando su año rural obligatorio, deben continuar cumpliendo normalmente su jornada de ocho (8) horas mínimas de trabajo diario o 40 a la semana; que el personal de oficiales médicos y odontólogos generales, deberán laborar como mínimo 40 horas semanales para que tengan derecho a la prima de disponibilidad; que por su parte, los oficiales especialistas deberán laborar en un mínimo de 30 horas semanales para ser acreedores al mencionado beneficio; que con base en las anteriores premisas, los diferentes comandos adoptarán la jornada del referido personal, de tal forma que

su horario diario de trabajo se ajuste a las necesidades institucionales para garantizar la máxima cobertura sanitaria a los usuarios y optimizar el empleo de los medios y equipos asignados a la unidad.

Como ya se anotó, teniendo el legislador ordinario o extraordinario la competencia para fijar la jornada de trabajo de los empleados públicos, tampoco era dable jurídicamente que el Comandante del Ejército mediante la referida circular, apoyándose en los artículos 60 del Decreto-Ley 2247 de 1984 y 17 del Decreto 380 de 1986, diera instrucciones sobre la jornada laboral de los profesionales al servicio de la Fuerza, indicando, en la forma como lo hizo, el número de horas mínimas de trabajo diario o semanal del mencionado personal, razón por la cual resultaba igualmente procedente anular la circular No. 61330-CEITE-J-486 del 11 de mayo de 1989, como lo solicitó el demandante.

Atentamente,

Joaquín Barreto Ruiz.

SANCION DISCIPLINARIA/DESTITUCION/EMPLEADO PUBLICO–Inhabilidades/**SANCION ACCESORIA/CARGO PUBLICO**–Ejercicio/**RETROACTIVIDAD**–Improcedencia/**PERDIDA DE LA CIUDADANIA**–Inexistencia

De conformidad con lo dispuesto por la resolución 0448 de 27 de agosto de 1982, se eludió la aplicación de la sanción accesoria de inhabilidad para ejercer cargos públicos, sanción que la ley ordena cuando el empleado se hace merecedor de destitución. Como la inhabilidad no puede ser retroactiva, ya que si el empleado ha cumplido funciones públicas éstas no desaparecen, el disponerla retroactivamente equivale a eludirla. Sin embargo, no es claro que en la que ésta modificó se hubiera creado un derecho a favor del actor, consistente en no cumplir una sanción que la ley ordena. Al demandante no se le ha decretado por el acto acusado la pérdida de la ciudadanía; él continúa siendo ciudadano en ejercicio. Solamente durante un tiempo estuvo en imposibilidad de ejercer cargos públicos por virtud de una sanción disciplinaria que la ley contempla, pero ello no equivale a pérdida de la ciudadanía. En consecuencia, no se aprecia violación del artículo 98 de la Constitución Política.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 9738. Apelación Interlocutorios. Actor: Carlos Alberto Rojas R.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor CARLOS ALBERTO ROJAS RESTREPO contra el auto proferido el 25 de junio de 1993 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante el cual negó la solicitud de suspensión provisional del acto demandado.

Consideró el Tribunal, que no era evidente la violación de las normas invocadas en la solicitud. Dijo, de una parte, que el ejercicio de la ciudadanía consagrado en el artículo 98 de la C.N , es materia distinta de la debatida pues lo que ocupa este proceso es una situación disciplinaria y de inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos reglada por el legislador. En lo relativo a la citación de los terceros y la revocatoria directa de actos de carácter particular y concreto (Arts. 13 y 73 del C C A.) señala la providencia, que el primer acto no surtió efectos y para imponer realmente la sanción no era necesaria la aquiescencia del áctor

Mediante escrito del 8 de julio de 1993 el actor presenta recurso de apelación contra la mencionada providencia y manifiesta que es errada la interpretación del Tribunal en tanto de ninguna manera se pretendió afirmar que fuera necesario el permiso del demandante para que se aplicara la sanción, sino que la solicitud de suspensión se fundamenta en la imposibilidad de revocar los actos administrativos; y que la Sala no dio aplicación al artículo 98 de la C. N. concluyendo que puede haber suspensión de la ciudadanía por orden del juez

Para decidir se CONSIDERA:

El texto constitucional que la demandante estima violado establece:

> Art. 98o.– La ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha renunciado a la nacio-nalidad, y su ejercicio se puede suspender en virtud de decisión judicial en los casos que determine la ley. Quienes hayan sido suspendidos en el ejercicio de la ciudadanía, podrán solicitar su rehabilitación.
>
> Parágrafo: Mientras la ley no decida otra edad, la ciudadanía se ejercerá a partir de los dieciocho años".

Los artículos invocados del Código Contencioso Administrativo invocados como infringidos en la solicitud de suspensión provisional prescriben:

> "Art. 14. Citación de terceros: Cuando de la misma peticion o de los registros que lleve la autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos. La citación se hará por correo a la dirección que se conozca, si no hay otro medio más eficaz.
>
> En el acto de citación se dará a conocer claramente el nombre del peticionario y el objeto de la petición.

Si la citación no fuere posible, o pudiere resultar demasiado costosa o demorada, se hará la publicación de que trata el artículo siguiente".

"Art. 73 Revocación de los actos de carácter particular y concreto: Cuando un acto de carácter particular y concreto haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría , no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos , o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión".

Para mayor claridad se hace una relación sucinta de la situación.

De las Resoluciones 0448 de 27 de agosto de 1992 y 0656 de 1o. de diciembre de 1992, ambas expedidas por el Gobernador del Departamento de Antioquia, se desprende lo siguiente:

Por la primera de ellas, y en cumplimiento de la Resolución 201 de 1o. de julio de 1992, emanada de la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, el Gobernador del Departamento de Antioquia destituyó al señor Carlos Alberto Rojas Restrepo del cargo de Alcalde Municipal de Betania, desempeñado durante el período 1988-1990 y lo inhabilitó para ejercer cargos públicos por el término de 1 año contado a partir del 31 de mayo de 1990.

Advirtió que ambas sanciones eran simbólicas.

El Procurador Departamental de Antioquia frente a lo decidido solicitó al Gobernador dar cumplimiento a la sanción accesoria de inhabilidad para ejercer cargos públicos, puesto que en la forma retroactiva en que la había ordenado no era una sanción real.

Atendiendo tal solicitud el Gobernador mediante la Resolución 0656 de 1o. de diciembre de 1992, que es la acusada, modificó la anterior e inhabilitó al señor Carlos Alberto Rojas Restrepo por el término de un año contado a partir de la ejecutoria de esa resolución y designó para reemplazarlo en la Alcaldía Municipal de Betania, cargo para el cual había sido nuevamente elegido, al señor Rigoberto Arroyave González.

De lo anterior surgen varios interrogantes. ¿Puede la autoridad competente para hacer efectiva una sanción disciplinaria negarse a cumplir lo ordenado por la Pro-

curaduría General de la Nación? ¿El no cumplimiento genera derechos para la persona afectada con la sanción?.

Estos son aspectos fundamentales en el proceso, que deben dilucidarse en la sentencia, y que no permiten colegir, de la simple comparación de textos la violación del artículo 73 del C.C.A.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto por la resolución 0448 de 27 de agosto de 1992, se eludió la aplicación de la sanción accesoria de inhabilidad para ejercer cargos públicos, sanción que la ley ordena cuando el empleado se hace merecedor de destitución. Como la inhabilidad no puede ser retroactiva, ya que si el empleado ha cumplido funciones públicas éstas no desaparecen, el disponerla retroactivamente equivale a eludirla. Por esa razón la Procuraduría requirió al Gobernador para que hiciera efectiva la sanción accesoria, y eso fue lo que dispuso mediante la resolución No. 0656 de 1o. de diciembre de 1992, cuya suspensión provisional se solicita.

Sin embargo, no es claro que en la que ésta modificó se hubiera creado un derecho a favor del actor, consistente en no cumplir una sanción que la ley ordena.

Tampoco encuentra la Sala transgresión evidente del artículo 14 del C.C.A. puesto que el señor Carlos Alberto Rojas no es tercero interesado y además no desconoce el hecho de haberle sido notificadas las decisiones concernientes al proceso disciplinario que culminó con la petición de destitución.

Finalmente se observa que al demandante nose le ha decretado por el acto acusado la pérdida de la ciudadanía; él continúa siendo ciudadano en ejercicio. Solamente durante un tiempo estuvo en imposibilidad de ejercer cargos públicos por virtud de una sanción disciplinaria que la ley contempla, pero ello no equivale a pérdida de la ciudadanía. En consecuencia, no se aprecia violación flagrante del artículo 98 de la Constitución Política.

En resumen, la Sala no encuentra violación manifiesta de las normas invocadas y por tanto confirmará la providencia apelada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

Confirmar el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 25 de junio de 1993, dentro del proceso promovido por el señor CARLOS ALBERTO ROJAS RESTREPO, mediante el cual denegó la suspensión provisional de la Resolución 656 del 1o. de diciembre de 1992, expedida por el Gobernador de Antioquia.

En firme esta providencia regrese el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz (salva Voto), *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SANCION DISCIPLINARIA–Término/**EMPLEADO PUBLICO**–Inhabilidad/**REVOCATORIA DIRECTA**–Improcedencia/**CONSENTIMIENTO/ SUSPENSION PROVISIONAL**–(Salvamento de Voto).

Sí es evidente que para revocar el numeral 2o. de la resolución 448 que había impuesto la sanción de inhabilidad por el término de un año contado a partir del 31 de mayo de 1990, lo cual favorecía al sancionado, y proceder a modificar dicho término para que fuera contado a partir de 1a ejecutoria de la resolución dictada el lo. de diciembre de 1992, se requería el consentimiento expreso y escrito del demandante, lo cual no ocurrió, infringiéndose de manera ostensible el artículo 73 del C.C.A.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Salvamento de Voto del *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 9738. Apelación Interlocutorios. Actor: Carlos Alberto Rojas Restrepo.

Con el mayor respeto por la opinión de los demás miembros de la Sala, consigno a continuación las razones por las cuales me aparté de la decisión adoptada en el presente proceso.

Por medio de la resolución 448 del 27 de agosto de 1992, el Gobernador de Antioquia en cumplimiento de providencias de la Procuraduría General de la Nación, impuso al demandante la sanción de destitución, en su condición de Alcalde Municipal de Betania, e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos, por el término de un año a partir del 31 de mayo de 1990 (fls. 2 a 4).

Posteriormente, el **1o. de diciembre de 1992,** el mismo funcionario, ante solicitud de la Procuraduría Departamental de Antioquia, modificó la resolución anterior, por medio de la Resolución 6567, en lo relativo a la inhabilidad, en el sentido de que el término de un año debía contarse a partir de la ejecutoria de esta última providencia (fl 5 a 7).

En el presente caso no se advierte, confrontando el artículo 98 de la Constitución Política con las resoluciones referidas, que dicha norma hubiera sido violada, porque en principio entiende que es diferente la suspensión del ejercicio de la ciudadanía con la sanción de destitución e inhabilidad para el desempeño de funciones o cargos públicos, ya que estas no impiden el ejercicio de los demás derechos inherentes a ella.

No obstante, sí es evidente que para revocar el numeral 2o. de la Resolución 448 que había impuesto la sanción de inhabilidad por el término de un año contado a partir del 31 de mayo de 1990, lo cual favorecía al sancionado, y proceder a modificar dicho término para que fuera contado a partir de la ejecutoria de la resolución dictada el 1o. de diciembre de 1992, se requería el consentimiento expreso y escrito del demandante, lo cual no ocurrió, infringiéndose de manera ostensible el artículo 73 del C.C.A.

De otro lado, observo que está demostrado el perjuicio que sufrió el actor con la expedición del acto acusado, vale decir, los salarios que mensualmente dejó de percibir (fl. 8), lo cual significa que se cumplieron las exigencias del artículo 152 del mencionado código.

Consecuentemente, en mi sentir se debió revocar la providencia apelada y, en su lugar, suspender provisionalmente la resolución acusada.

Atentamente,

Joaquín Barreto Ruiz.

DESVIACION DE PODER–Configuración/**PROVISION DE EMPLEO/ CONCURSO DE MERITO/LISTA DE ELEGIBLES**–Unico Candidato/**NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD**–Prórroga/**NOMBRAMIENTO EN PERIODO DE PRUEBA**–Inexistencia

No puede pasar por alto la Sala que la provisionalidad de la demandante se prorrogó de hecho mientras se llevó a cabo el concurso para proveer el empleo por el sistema de méritos y que al momento del retiro ya se había elaborado la lista de elegibles en la cual figuraba la actora como única elegible sin que exista justificación alguna para que la Administración, en lugar de efectuar el nombramiento en período de prueba como correspondía conforme al artículo 4o. de la Ley 61 de 1987, hubiera optado por dar por terminada la ya irregularmente prorrogada provisionalidad. En este asunto se configura la desviación de poder, porque la administración declaró la vacancia para la cual estaba facultada, aduciendo un motivo legítimo, el vencimiento del término del nombramiento en provisionalidad, pero con la finalidad evidente de no culminar el concurso realizando el nombramiento de la persona seleccionada.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 5735. Autoridades Nacionales. Apelación Sentencia. Actor: Carmen Marlene Pineda León.

Se decide el recurso de apelación interpuecto por la parte demendante contra la sentencia pronunciada el 21 de enero de 1991 por el Tribunal Administrativo de Sucre, en este proceso promovido por CARMEN MARLENE PINEDA LEON contra el Instituto de Crédito Territorial.

LA DEMANDA

La actora, mediante apoderado, en ejercicio de la ahora denominada acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal del conocimiento declarar la nulidad del acto contenido en el Oficio No. 20 de 1989, expedido por el Gerente General del Instituto de Crédito Territorial (INSCREDIAL), por medio del cual se desvinculó a la accionante del cargo de Jefe de la Sección de Adjudicaciones, de la División Administrativa y Financiera de la Regional Sucre de ese Instituto y, como consecuencia de dicha nulidad, ordenar el reintegro de la demandante, al mismo cargo, o a otro de igual o superior categoría, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de devengar por tal desvinculación, aplicando la corrección monetaria y declarando que no ha habido solución de continuidad en cuanto al tiempo de servicios, para efectos de prestaciones sociales.

El libelista basó sus pretensiones en estos hechos: CARMEN MERLENE PINEDA se desempeñó como Jefe de la Sección de Adjudicaciones aludida, desde el 17 de junio de 1988, por nombramiento en provisionalidad efectuado con Resolución No. 3187 de 1988, del Gerente General del Inscredial; el Instituto convocó a concurso para proveer ese empleo, en noviembre de 1988; la demandante se inscribió y ocupó el primer lugar en ese concurso; los resultados del mismo fueron enviados a la Gerencia General, para el nombramiento de la Dra. CARMEN M. PINEDA, quien reunía los requisitos de dicho empleo, en diciembre de 1988; la remoción de la actora se produjo mediante oficio, que adujo el vencimiento del término de provisionalidad y como ese término estaba vencido desde antes el acto está falsamente motivado; el acto acusado se efectuó con desviación de poder por error manifiesto de apreciación, ya que el nombramiento en provisionalidad de la actora se realizó sobre un empleo de carrera y debía estar vigente hasta que se hiciera el nombramiento en período de prueba y la administración, luego de prolongar la provisionalidad y de realizar un dilatado proceso de selección, para que el cargo no quedara vacante, en lugar de hacer el nombramiento previsto por la carrera administrativa produjo la vacancia del cargo (fls. 2 a 8 del cdno. ppal.).

LA SENTENCIA

El tribunal negó las súplicas de la demanda con estas consideraciones: el nombramiento en provisionalidad no le otorgaba ninguna estabilidad en el cargo a la demandante; la omisión en comunicarle el vencimiento de los cuatro (4) meses de esa provisionalidad sólo le garantizaba a la actora el pago de salarios y prestaciones por el tiempo servido; en caso de hallarse en propiedad, tendría derecho a solicitar su

nombramiento como funcionario de carrera, con base en el concurso referido y en caso que se nombrara a una persona que no fuera de carrera debía demandar tal nombramiento y solicitar el restablecimiento de su derecho (fls. 63 a 68 del cdno ppal.).

EL RECURSO

El recurrente. al sustentar la apelación, hizo dos cargos al fallo impugnado (fls. 69 y 70).

El primero lo basó en "el paralelismo de las formas", sosteniendo que la actora, al ser nombrada mediante resolución, debía ser removida por un acto que tuviera la misma forma y no mediante oficio; esta informalidad –según el apelante– conllevaría a la anulación del acto acusado.

El segundo lo radicó en la "falsa motivación" del acto impugnado, que adujo el vencimiento del término de provisionalidad, cuando éste ya se había superado y se habían surtido todos los pasos para efectuar el nombramiento en período de prueba; reiteró que hubo desviación de poder, por error de apreciación o inoportunidad manifiesta del acto acusado.

EL CONCEPTO FISCAL

La Fiscal Novena de la Corporación solicitó confirmar la sentencia recurrida.

La colaboradora fiscal consideró que conforme a la Resolución No. 1122 de 1989 (28 de febrero), producto del concurso convocado para proveer el cargo en que se hallaba provisionalmente la actora, la persona elegible no podía ser otra que CARMEN M. PINEDA, de acuerdo con los artículos 207 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 y 25 de la Resolución DASC 350 de 1982; como la administración no cumplió con ese deber, la demandante debió promover acción de reparación directa, para reclamar los perjuicios que le causó esa conducta omisiva.

Dicha omisión no afecta el acto acusado, porque los nombramientos en provisionalidad están previstos para los casos en que no es posible proveer empleos de carrera por el sistema de méritos y, según el artículo 40 de la Ley 61 de 1987, si al término de cuatro meses el titular no ha sido seleccionado el nombrado en provisionalidad quedará retirado del servicio.

El acto administrativo es una declaración de voluntad destinada a producir efectos jurídicos, "sin necesidad de más formalidades" y la parte actora no desvirtuó la presunción de legalidad que ampara el acto acusado por lo cual no alcanza a invalidar la voluntad administrativa el hecho de que esté contenida en un simple oficio (fls. 78 a 86 del cdno. ppal.).

Surtido el trámite de ley y no observándose causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Consta en el expediente que CARMEN MARLENE PINEDA fue nombrada en provisionalidad en un empleo de carrera por el término de cuatro (4) meses y que tomó posesión del cargo en tal carácter el 17 de junio de 1988. Que para proveer ese empleo se convocó un concurso abierto entre el 8 y el 15 de noviembre de 1988, que culminó con la Resolución 1122 expedida por el Gerente del Instituto de Crédito Territorial y el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, el 28 de febrero de 1989, señalando como única elegible a la actora. Y que cerca de dos meses después, el 20 de abril de 1989, la Administración mediante el acto acusado dio por terminada la vinculación de la accionante, por vencimiento del período de la provisionalidad (fls. 18 y 25 cdno. No. 2 y 2 y 9 del cdno. ppal).

De acuerdo con lo anterior, es evidente que el término de la provisionalidad de la actora que en el acto de nombramiento se fijó en cuatro meses, según lo previsto en el artículo 4o. de la Ley 61 de 1987, se venció el 17 de octubre de 1988 y por ello tiene razón el Tribunal y la señora Fiscal ante el Consejo al estimar que la accionante no tenía derecho diferente al del pago de sus sueldos y prestaciones.

Sin embargo, no puede pasar por alto la Sala que la provisionalidad de la demandante se prorrogó de hecho mientras se llevó a cabo el concurso para proveer el empleo por el sistema de méritos y que al momento del retiro ya se había elaborado la lista de elegibles en la cual figuraba la actora como única elegible sin que exista justificación alguna para que la Administración, en lugar de efectuar el nombramiento en período de prueba como correspondía conforme al artículo 4o. de la Ley 61 de 1987, hubiera optado por dar por terminada la ya irregularmente prorrogada provisionalidad.

La entidad demandada, al contestar el libelo, alegó la excepción de inepta demanda por haber errado al afirmar que se trataba de un negocio de única instancia, excepción que fue bien denegada por el Tribunal por ser un defecto intrascedente del libelo y sólo invocó en su defensa el vencimiento del término del nombramiento en provisionalidad y el hecho de haberse vinculado posteriormente la actora a otra entidad oficial (fls. 27 a 31 cdno. ppal.) hecho este último que no legaliza su actuación.

De manera que surge evidente que la Administración aun cuando tenía facultad para proferir el acto acusado, se apartó de los fines del buen servicio.

Como lo ha sostenido reiteradamente la Corporación el vicio llamado por la doctrina y por la ley "desviación de poder", consiste en el hecho de que la autoridad administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto, ajustado en lo ex-

terno a las regularidades de forma, lo ejecuta, no en vista del fin para el cual ha sido investido para esa competencia, sino para otro distinto". (sent. de 16 de diciembre de 1991. C.P. Dr. Alvaro Lecompte L.).

En este asunto se configura la desviación de poder, porque la administración declaró la vacancia para la cual estaba facultada, aduciendo un motivo legítimo, el vencimiento del término del nombramiento en provisionalidad pero con la finalidad evidente de no culminar el concurso realizando el nombramiento de la persona seleccionada.

Lo anterior es suficiente, en criterio de la Sala, para declarar la nulidad del acto acusado, por desviación de poder, debiéndose revocar 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:

REVOCASE la sentencia proferida el veintiuno (21) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991) por el Tribunal Administrativo de Sucre, en el proceso instaurado por CARMEN MARLENE PINEDA LEON contra el Instituto de Crédito Territorial.

En su lugar, **DECLARASE LA NULIDAD** del Oficio No. 09517 de 20 abril de 1989, expedido por el Gerente General del Instituto de Crédito Territorial.

A título de restablecimiento del derecho condénase al Instituto de Crédito Territorial, hoy INURBE, a reintegrar a CARMEN MARLENE PINEDA LEON al cargo del que fue retirada o a uno de igual o superior categoría, en período de prueba hasta que se defina su escalafonamiento, y a pagarle todos los sueldos y prestaciones dejadas de devengar desde el retiro del servicio hasta el día en que se efectúe el reintegro.

Si la mencionada señora hubiere recibido asignaciones del tesoro público o de instituciones en que tenga parte mayoritaria el Estado, el INURBE hará los descuentos correspondientes únicamente por el período en que ello hubiere ocurrido, a fin de respetar la prohibición constitucional contenida en el artículo 64 de la Constitución Política anterior y en el 128 de la que se encuentra vigente.

Para efecto de prestaciones legales, se entenderá como tiempo de servicio, el tiempo transcurrido entre la desvinculación y el reintegro.

La entidad dará cumplimiento a la sentencia dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en por la Sala en sesión del cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela G.* (aclaración de Voto), *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: La aclaración de Voto del Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA es en el sentido de expresar su conocida inconformidad con la parte resolutiva del fallo que ordena el descuento de sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra entidad oficial, sostenido entre otras en las providencias del 23 de marzo de 1993 Exp. 4960 y diciembre 15 de 1993, Exp. 5736.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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 resolutiva en cuanto al revocar para acceder a las súplicas de la demanda 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 tienen 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. 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 aplícarse 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 inadmisible".

"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 tiene 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 indemni-

zatorio; 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 Exp. No. 29629, Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G., junio 5/84; en el Exp. No. 35949, Ponente: H. Magistrada Dra. Emilia Mesa G., 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 resolutiva de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esta manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Por estas sintéticas consideraciones, entonces no comparto la parte resolutiva de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO/TRABAJADOR–Obligaciones/ **CONTRATO DE TRABAJO**–Consecuencias/**HORARIO DE TRABAJO**–Incumplimiento/**DERECHO LABORAL**–Individual/**JURISDICCION ORDINARIA**–Laboral/**COMPETENCIA/MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**–Incompetencia/**JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA**–Incompetencia/**SENTENCIA INHIBITORIA**/Inexistencia

La obligación de observar el reglamento interno de trabajo nace para el trabajador por el hecho mismo de suscribir el contrato de trabajo; es además, una de las obligaciones del trabajador según lo estatuye el artículo 58 del C.S.T., lo que implica que la controversia surgida a raíz del ejercicio de la facultad que tiene la entidad para sancionar a los trabajadores que incumplen sus reglamentos internos, atañe a la definición de derechos de índole individual, cuyo conocimiento compete a la jurisprudencia ordinaria laboral; ni la autoridad administrativa está facultada para ello, ni tampoco la jurisdicción contenciosa puede dirimir conflictos de esa naturaleza pues la materia le está vedada por provenir de un contrato de trabajo. Si se permitiera tal definición por las autoridades del trabajo y su control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, vendría ésta a conocer y fallar las controversias surgidas de derechos que provienen de un contrato de trabajo, usurpando la competencia atribuida a la jurisdicción laboral. De manera que acorde con lo anterior, es decir, no siéndole posible a la jurisdicción que es rogada, anular actos administrativos por razones diferentes a las propuestas en el libelo, ni entrar a dirimir conflictos particulares surgidos de un contrato de trabajo, habrán de denegarse las súplicas de la demanda.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 6133. Resoluciones Ministeriales. Acción de Nulidad. Actor: Banco Central Hipotecario (Arturo Ferrer Carrasco).

El Banco Central Hipotecario, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el Art. 85 del C.C.A., solicita a esta Corporación decretar la nulidad de la Resolución No. 002284 del 21 de mayo de 1991, expedida por el Director General del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por medio de la cual se revocó la No. 011 del 12 de abril de 1989, proferida por la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social del Meta, y se declaró que el Banco Central Hipotecario transgredió el reglamento interno de trabajo al sancionar a la trabajadora MARTHA SOLEDAD ORTIZ ARIAS. Pidió además, que a título de restablecimiento del derecho, se exprese que al imponer a dicha trabajadora los correctivos pertinentes, por incumplimiento del horario de trabajo, no incurrió en la violación que se le endilga.

HECHOS

Afirma la demandante que en virtud del requerimiento formulado por la señora Martha Soledad Ortiz, la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social del Meta, por medio de la Resolución No. 011 de 1989, "negó la petición instaurada por la Asociación de Trabajadores del Banco Central Hipotecario Comité Seccional del Centro, por violación del horario establecido por la Superintendencia Bancaria y persecución sindical", acto en el cual se consideró que la sanción impuesta a la mencionada señora, Ortíz Arias, se ampara en lo dispuesto en el Art. 16 del reglamento interno de trabajo del Banco; que esta decisión fue ratificada por la resolución No. 0039 de 1988, pero que a la postre, fue revocada por la resolución No. 002284 de 1991, objeto de impugnación, en la cual se hicieron las declaraciones a que se hizo referencia.

Igualmente, el censor señala que el expedidor del acto últimamente citado, tuvo en cuenta el horario de trabajo fijado por la Superintendencia Bancaria para atención al público, vigente para el año de 1988, el cual fue respetado por la entidad y por ello violó los artículos 16 y 75, numeral 1) literal a) del reglamento interno de trabajo del Banco, literal c) del Decreto 1939 de 1986, 27 del Código Civil y 84 del C.C.A. y adolece de falsa motivación.

Al exponer el concepto de la violación, tras efectuar el análisis de las disposiciones legales que le confieren a la Superintendencia Bancaria la facultad de establecer los horarios mínimos de atención al público por parte de las entidades vigiladas, el actor indica, en primer término, que debe hacerse distinción entre el horario de trabajo, que lo fija la entidad bancaria y que puede ser modificado, pero respetando las horas de despacho al público señaladas por la Superintendencia Bancaria y el horario de atención al público, establecido por ésta, que no es susceptible de modificación por parte de la

entidad respectiva y, en segundo lugar, que el artículo 16 del reglamento interno de trabajo del Banco Central Hipotecario que regula lo concerniente al horario de trabajo, no establece que para modificarlo se requiera autorización de la Superintendencia; por tanto, asevera, no le era dable al Ministerio declarar que el Banco, al sancionar a la señora Ortiz Arias por incumplimiento del nuevo horario de trabajo, incurriera en violación del reglamento, por no haber obtenido autorización de la Superintendencia Bancaria para efectuar la variación del horario de trabajo.

Por consiguiente, concluye el accionante, se infringieron las normas que invocó en el libelo y se incurrió en la causal de nulidad denominada falsa motivación, puesto que "la Superintendencia Bancaria no autoriza al Banco Central Hipotecario para modificar los horarios de sus trabajadores, sino que esta Entidad, con el fin de prestar un mejor servicio y atendiendo a las órdenes de aquélla, en el sentido de abrir al público en el horario fijado por la Superintendencia Bancaria, quiere que sus trabajadores, en el momento de comenzar a prestar sus servicios al público, se encuentren listos a hacerlo y así evitar demoras y congestiones que redunden en una mala prestación del servicio (fl. 75).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscal Quinta del Consejo de Estado, opina que el acto acusado no infringe lo dispuesto en el Art. 16 del reglamento interno de trabajo del Banco, toda vez que en él se permite modificar el horario de trabajo sin variar el de atención al público fijado por la Superintendencia Bancaria y "Cotejando el horario modificado por el Banco y plasmado en la circular con la Resolución de la Superintendencia Bancaria fijando el horario de atención al público en dicha entidad bancaria, se constata que éste no se alteró, sino que simplemente lo que ocurrió fue la modificación interna del horario de trabajo" (fl. 210). Consiguientemente, concluye, la entidad demandante podía aplicar a la señora Martha Soledad Ortíz Arias el reglamento de trabajo por los retardos en el cumplimiento del nuevo horario de labores.

Llegado el momento de decidir, a ello se procede, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

La litis se centra en establecer la legalidad de la Resolución No. 02284 de 1991, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante la cual, previa revocación de la Resolución No. 011 de 1989 de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social del Meta de ese Ministerio, se declaró que el Banco Central Hipotecario –Sucursal Villavicencio– transgredió el reglamento interno de trabajo, al sancionar a la trabajadora Martha Soledad Ortíz Arias, por incumplimiento del horario de trabajo.

Lo primero que observa la Sala es que el Ministerio de Trabajo al expedir la resolución enjuiciada, se abstuvo de indicar la norma legal que lo faculta para definir

la legalidad que frente al reglamento interno de la empresa demandante, tiene un acto sancionatorio de un trabajador oficial que presta sus servicios a una entidad que como el Banco Central Hipotecario y según reza la certificación de la Superintendencia Bancaria (fl. 90), se halla sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Igualmente, se anota que en la demanda no se cuestiona la Resolución 2284 de 1991 por aspectos relacionados con la competencia del Ministerio para expedirla pese a que de acuerdo con las previsiones del artículo 41 del Decreto 2351 de 1965, los funcionarios del citado Ministerio tienen el carácter de autoridades de policía sólo para aquellos aspectos referentes a la vigilancia y control del cumplimiento de las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo, a la protección del trabajador en el ejercicio de su profesión y al derecho de libre asociación sindical, ya que, expresamente, la norma citada advierte que sus funcionarios no están facultados para **declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces,** No puede por tanto la jurisdicción, que es rogada, anular el acto acusado por este vicio que no fue alegado.

El Banco en la censura solamente cuestiona el fondo de la decisión y pretende demostrar que la sanción impuesta a la trabajadora no es violatoria de los reglamentos de la entidad; o sea que centra el debate en la legalidad de la sanción.

La obligación de observar el reglamento interno de trabajo nace para el trabajador por el hecho mismo de suscribir el contrato de trabajo; es además, una de las obligaciones del trabajador según lo estatuye el artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que implica que la controversia surgida a raíz del ejercicio de la facultad que tiene la entidad para sancionar a los trabajadores que incumplen sus reglamentos internos, atañe a la definición de derechos de índole individual, cuyo conocimiento compete a la jurisdicción ordinaria laboral; ni la autoridad administrativa está facultada para ello, ni tampoco la jurisdicción contenciosa puede dirimir conflictos de esa naturaleza pues la materia le está vedada por provenir de un contrato de trabajo.

Si se permitiera tal definición por las autoridades del trabajo y su control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, vendría ésta a conocer y fallar las controversias surgidas de derechos que provienen de un contrato de trabajo, usurpando la competencia atribuida a la jurisdicción laboral.

De manera que acorde con lo anterior, es decir, no siéndole posible a la jurisdicción que es rogada, anular actos administrativos por razones diferentes a las propuestas en el libelo, ni entrar a dirimir conflictos particulares surgidos de un contrato de trabajo, habrán de denegarse 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:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda incoada por el Banco Central Hipotecario que pretendía la nulidad de la Resolución No. 002284 de mayo 21 de 1991, expedida por el Director General del Trabajo - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Archívese el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno, Luis Arturo Lizcano B.,* Conjuez (ausente).

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

JURISDICCION ROGADA/SANCION DISCIPLINARIA–Dosificación/ **COMPETENCIA/DOSIFICACION DE LA SANCION**

Olvidó el Tribunal el principio de justicia rogada de la jurisdicción contencioso administrativa, según el cual los actos administrativos no pueden ser anulados por violación de normas no invocadas en la demanda ni por conceptos de violación diferentes a los expuestos en ella. Y a todo lo anterior se suma el hecho de que el Tribunal sustituyó a la administración al entrar a dosificar la sanción con base en la equidad y so pretexto de restablecer el derecho, sin tener en cuenta que siendo grave la falta, era de resorte de la administración, al tenor del artículo 67 del Decreto 1651 de 1977, imponer la suspensión o la destitución.

EMPLEADO PUBLICO/PROCESO DISCIPLINARIO/ PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION/FACULTAD DISCIPLINARIA/ PROCESO DISCIPLINARIO–Procedimiento/**FUNCIONARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL**–Régimen Disciplinario Aplicable

Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación respecto a la supremacía que por mandato Constitucional tiene el Ministerio Público en la vigilancia de la conducta de los empleados públicos. El Ministerio público fue investido de la atribución de ejercer el control de la conducta de los empleados públicos por la Constitución de 1886 y hoy por la Constitución de 1991. Y que para el cumplimiento de este deber que la Carta le impone, a la Procuraduría le asiste la facultad de adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley. Y cuando la Procuraduría asume la función de investigación, debe estarse al procedimiento que le es propio, es decir al de la Ley 25 de 1974 que cita como infringida el libelista. Es cierto que

en cuanto a las faltas y a las sanciones sí eran aplicables las que rigen a los servidores del ISS, pero en el caso *sub-exámine* la Procuraduría en la formulación de cargos específicos al actor indicó la violación de las normas propias del régimen disciplinario de los empleados de la seguridad social al cual estaba sometido el encartado y así lo sancionó, por incumplimiento en los deberes que el mismo estatuto le imponía.

PROFESIONAL DE LA SALUD/CRUCE DE HORARIOS/FALTA GRAVE/ PROCESO DISCIPLINARIO/ATENUANTES-Inexistencia/**SANCION DISCIPLINARIA/DESTITUCION/ DERECHO A LA VIDA/MEDICO/ISS**

La escasez de médicos de su especialidad, lo que le permitía al tenor del artículo 21 del Decreto 1651 de 1977 era desempeñar otro cargo remunerado por el tesoro público aún en jornada que sumada a la del Instituto excediera de 8 horas, pero en ninguna forma de superposición de horarios en el desempeño de los dos cargos. Actitudes como la del médico demandante son altamente preocupantes: mantener a sabiendas, un cruce de horarios desde julio de 1983 hasta marzo de 1987, merece todo el reproche y amerita la sanción impuesta. Como bien lo anota el ente sancionador, la prestación del servicio de atención de salud en el Instituto de Seguros Sociales, tenía que verse afectada con su proceder, porque la superposición de horarios no le permitía estar en las dos instituciones a la vez. Es inocultable la gravedad de este tipo de faltas en los Profesionales de la salud, pues ponen en peligro el derecho más importante de las personas, el derecho a la vida. El régimen disciplinario a que estaba sometido el demandante (artículo 68 del Decreto 1651 de 1977), tipifica como falta grave, las conductas de los funcionarios de seguridad social que produzcan o amenacen producir el deterioro, menoscabo o entorpecimiento del servicio, que fue la conducta asumida por el demandante al desatender los deberes que el cargo de médico le imponía. Las circunstancias que el actor dice que debieron tenerse como atenuantes para su sanción, de acuerdo con las prescripciones del Decreto 1651 de 1977, no lo son; tales conductas son de una gravedad manifiesta, no sólo al tenor de las normas mismas citadas por el actor, sino, como ya se dijo, dadas las calidades del infractor, de ser un médico cuya especialidad es la ginecología y obstetricia.

SANCION DISCIPLINARIA/SUSPENSION EN EL CARGO/DECAIMIENTO DEL ACTO/SITUACIONES JURIDICAS CONSOLIDADAS/ RETROACTIVIDAD–Improcedencia/**SEN-TENCIA DE NULIDAD**–Efecto

La sanción impuesta como se lee en el texto de la Resolución No. 5082 de 1985 por la cual se sanciona al actor con suspensión de 30 días, sin

derecho a sueldo, por no haber atendido el parto de una afiliada del Seguro Social encontrándose de turno en el Instituto, fundamenta la sanción no solamente en el mencionado Acuerdo 158 de 1980, sino en el propio Decreto 1651 de 1977. Pero si ello no hubiere sido así, a pesar de ser cierto que el Acuerdo citado, fue declarado nulo por el Consejo de Estado el 19 de septiembre de 1990, dicha sentencia no toca los efectos de las situaciones concretas e individuales que se produjeron, en este caso, en el año de 1985, en vigencia del citado Acuerdo. En efecto, el acto se cometió y fue sancionado bajo la vigencia de dicho Acuerdo, y la resolución respectiva no ha sido anulada por la jurisdicción; los efectos de la nulidad del Acuerdo en cita produjeron efectos *erga-omnes,* pero sólo para el futuro, no para situaciones que ya encontraban consolidadas.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 7245. Autoridades Nacionales. Apelación Sentencia. Actor: José Ignacio Delgado Ortiz.

Se decide el recurso de apeleción interpuesto por la parte demandada –Nación - Procuraduría General de la Nación - y el ISS– contra la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, el 16 de junio de 1992, mediante la cual se declaró la nulidad de las Resoluciones Nos. 0099 de julio 6 de 1990 emanada del Señor Procurador Departamental de Nariño, 176 de octubre 5 de 1990 dictada por el Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa y 00001528 de abril 4 de.1991 expedida por la Directora General del Instituto de Seguros Sociales, y en su reemplazo, se determinó que la sanción a que se hace acreedor el actor, es a la suspensión sin derecho a remunereción por un año como Médico Especialista, sanción que deberá "contabilizarse" a partir de la fecha en que se hubiera hecho efectiva la destitución ordenada en los actos anulados hasta cuando se complete el año de suspensión.

Mediante providencia del 7 de julio de 1991 el *a-quo,* adicionó la Sentencia ordenando al Instituto de Seguros Sociales que una vez se cumpla la suspensión ordenada en el fallo, se reintegre al actor al cargo que venía desempeñando o a otro de igual categoría y además pagarle los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir después de haber cumplido el término de la sanción hasta cuando fuere realmente reintegrado al cargo. Así mismo se ordenó que para todos los efectos legales y en especial en lo relacionado con las prestaciones

legales, se entenderá que el demandante ha prestado sus servicios sin solución de continuidad por todo el tiempo que se excediere del año de suspensión.

ANTECEDENTES

1.– El actor, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó, como pretensiones principales, la nulidad de los actos enunciados anteriormente, el reintegro al servicio y el pago de emolumentos dejados de percibir, y como pretensiones subsidiarias solicitó la nulidad de dichos actos en cuanto le impusieron la máxima sanción, solicitando, a título de restablecimiento del derecho, se le imponga una sanción más leve, el reintegro al mismo cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior categoría, e igualmente el pago de todos los sueldos y demás prestaciones dejados de devengar desde el día en que fue retirado del servicio hasta el día en que se produzca efectivamente su reintegro. Así mismo solicitó se declarara para efectos legales que no ha habido solución de continuidad en el servicio, desde la desvinculación hasta que se produzca efectivamente su reintegro.

2.– Alega el actor que la Procuraduría General de la Nación al sancionarlo disciplinariamente con la solicitud de destitución ante el Señor Director General del Instituto de Seguros Sociales, tuvo en cuenta como factor agravante de responsabilidad, una sanción anterior impuesta con base en una norma que posteriormente fue anulada por el Consejo de Estado; que de no haberlo hecho, la sanción a que se hubiera hecho acreedor hubiera sido más leve; que el procedimiento se siguió por la Ley 25 de 1974 sin tener en cuenta el régimen especial del ISS y que no se le tuvo en cuenta como circunstancia eximente de responsabilidad el hecho de la escasez de médicos especialistas en la Ciudad de Pasto y la labor docente que realizaba el actor, que en su sentir, lo eximía de la previsión del artículo 21, inciso segundo del Decreto 1651 de 1977. Sostiene además que en casos similares, vigilados por la Procuraduría, la sanción fue más benigna.

Cita como violados, por aplicación indebida, los artículos 12, 14, 16, 17, 19, 20, 21 y 25 de la Ley 25 de 1974; por falta de aplicación, los artículos 21, inciso segundo, 49, 52, 53, 55, 56, 57, 62, 63, 65, 67, 73 y 76 del Decreto Extraordinario No. 1651 de 1977. Como normas Constitucionales cita como infringidas los artículos 16, 17, 20 y 30 de la Constitución Nacional.

FUNDAMENTO DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Nariño, consideró que no ha debido tenerse en cuenta por la Procuraduría General de la Nación, como circunstancia agravante para imponer la sanción de destitución, el hecho de haber sido sancionado el actor anteriormente en el año de 1985 con suspensión del cargo. En su apreciación, la reincidencia como agravante sólo puede ser operante cuando se incurre en la misma falta den-

tro de los doce meses inmediatemente anteriores a la comisión del nuevo proceder objeto de sanción, según lo establece el artículo 137 del Decreto 1950 de 1973. Agrega el Tribunal, en otro de los apartes del fallo, que tampoco se tuvo en cuenta como factor atenuante el hecho de que el actor en cuanto tuvo conciencia del cruce de horarios presentó renuncia de cuatro horas de trabajo ante la Dirección del Hospital Departamental, la cual no le fue aceptada por circunstancias apremiantes de necesidad del servicio. Según el *a-quo,* esa circunstancia, si bien no justifica el cruce de horarios, explica la voluntad del demandante de que una vez detectada esa situación, ella no persistiera. Por las anteriores consideraciones, el Tribunal resolvió que debían prosperar las pretensiones subsidiarias y anuló los actos acusados, los reemplazó por la imposición de una sanción de suspensión sin remuneración por un año y ordenó el reintegro del actor y el pago de todos los emolumentos dejados de percibir.

SUSTENTACION DE LA APELACION

Los demandados, Nación –Procuraduría General de la Nación– e Instituto de Seguros Sociales, interpusieron recurso de apelación con el fin de que se revoque el fallo del *a-quo* y como consecuencia se nieguen las pretensiones de la demanda.

La Procuraduría en su escrito de sustentación alega que el Tribunal Administrativo de Nariño desbordó la competencia para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos puestos a su consideración, tornándose en un Tribunal disciplinario de tercera instancia al imponer una nueva sanción al demandante, la cual no existe en el derecho administrativo disciplinario, toda vez que la sanción de suspensión en el ejercicio de un cargo no puede exceder de un mes. Agrega que el Tribunal al haber encontrado ajustado a la Ley el proceso disciplinario, debió declarar válidos los actos administrativos sometidos a su juzgamiento.

De otro lado, el Instituto de Seguros Sociales, fundamenta su inconformidad con el fallo proferido por el Tribunal de Nariño, en extenso alegato, que puede resumirse así: en primer lugar, la sentencia desatendió el principio tutelar del proceso contencioso administrativo conforme el cual, la justicia que imparte esta jurisdicción es rogada, porque fundamentó su fallo en el artículo 137 del Decreto 1950 de 1973, que no fue citado por el actor como norma violada, y que además no se encuentra vigente por haber sido derogado por el Decreto 482 de 1985, para llegar a la conclusión de que la circunstancia agravante que consideró la Procuraduría, no debía tomarse en cuenta, por la previsión de dicha norma de que se entiende como reincidencia solamente las faltas cometidas dentro de los 12 meses anteriores a la comisión del nuevo hecho susceptible de sanción. Agrega el recurrente que la conducta del Tribunal, al plantear otra acusación al acto acusado, está violando el derecho de defensa de la parte demandada, que sólo pudo defenderse de la acusación vista en el libelo, pero no de una nueva y oculta que sólo vino a identificarse cuando el fallo se produjo.

En segundo lugar, expresa que la Sentencia proferida en el caso *sub-lite,* violó el artículo 230 de la Constitución Nacional, habida cuenta que el fallo, como lo manifestó el Tribunal, fue en equidad, cuando ha debido ser en derecho pues la Jurisdicción de lo contencioso administrativo imparte justicia en derecho por estar sólo sometida al imperio de la ley, como lo manda la carta fundamental.

Por último, dice el recurrente que la sentencia del *a-quo* violó el artículo 121 de la Constitución Nacional, toda vez que el Tribunal al imponer la sanción no sólo sustituyó a la administración dosificando la sanción sino también al legislador, pues creó una sanción nueva para aplicar al actor una suspensión no prevista en el procedimiento disciplinario.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Ciertamente como lo alegan los recurrentes, el Tribunal *a-quo* fundamenta su decisión en el artículo 137 del Decreto 1950 de 1973, que no fue citado como violado por el demandante, y que además, ni era aplicable al caso, por tratarse de un disciplinario regido por normas especiales (Decreto 1651 de 1977), ni se encontraba vigente por haber sido derogado por el Decreto 482 de 1985 (arts. 43 y 59). Aún así basó su decisión el Tribunal en esta norma para concluir que hizo mal la Procuraduría al tener como antecedente una falta cometida con más de doce meses de anterioridad a la comisión de la nueva. Olvidó el Tribunal el principio de justicia rogada de la jurisdicción contencioso administrativa, según el cual los actos administrativos no pueden ser anulados por violación de normas no invocadas en la demanda ni por conceptos de violación diferentes a los expuestos en ella. Y a todo lo anterior se suma el hecho de que el Tribunal sustituyó a la administración al entrar a dosificar la sanción con base en la equidad y so pretexto de restablecer el derecho, sin tener en cuenta que siendo grave la falta, era de resorte de la administración, al tenor del artículo 67 del Decreto 1651 de 1977, imponer la suspensión o la destitución. Estima la Sala por ello, que se impone la revocación del fallo del *a-quo* y para reemplazarlo deberá entrar a estudiar los argumentos de la demanda.

Al actor se le formularon tres cargos concretos: a) el cruce de horarios de lunes a viernes, desde el 3 de julio de 1983 hasta el 7 de septiembre de 1987, en el ISS, y el Hospital Departamental de la Ciudad de Pasto, en las franjas de 7 a.m. a 9 a.m. y de 10 a.m. a 12 m., además de la disponibilidad entre las 2 p.m. y 4 p.m.; b) indebida percepción de dos asignaciones del tesoro público, en razón de que los horarios en las dos entidades oficiales, ISS y Hospital Departamental, no permiten el ejercicio regular de los dos destinos y c) presunta violación del artículo 21 literal a) del decreto 1651 de 1977, que establece como uno de los requisitos para ejercer cargos asistenciales no desempeñar otros cargos remunerados por el tesoro público cuya jornada diaria,

sumada a la que aspira a ejercer, exceda de ocho (8) horas, salvo la actividad docente. Frente a cada uno de los cargos, se le hizo saber al incupaldo qué normas había transgredido.

Como se desprende del examen del disciplinario que se rituó, el demandante, a través de apoderado, ejerció el derecho de defensa, pues tuvo oportunidad de rendir descargos, pedir pruebas y controvertir las practicadas.

Ahora bien, al disciplinario le endilga el actor ser violatorio de la ley, por aplicación indebida de la ley 25 de 1974, al haberse tramitado el proceso disciplinario con base en dicha norma y no con fundamento en el régimen especial disciplinario consagrado para los funcionarios del Instituto de Seguros Sociales, cargo que encuentra la Sala no tiene fundamento.

Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación respecto a la supremacía que por mandato Constitucional tiene el Ministerio Público en la vigilancia de la conducta de los empleados públicos. Esta Sala, en fallo del 29 de mayo de 1992, Expd. 834 - Actor José Santos Baquero, Magistrado Ponente Dr. Diego Younes, dijo al respecto:

> "... el Constituyente le confirió al Ministerio Público, la supremacía en la vigilancia de la conducta oficial de los empleados públicos, como una función principal, básica y en ningún caso subsidiaria o subordinada frente a otros estatutos disciplinarios, porque la acción disciplinaria de que está investido, le fue conferida directa e incondicionalmente por la Carta Política".

No hay duda de que el Ministerio Público fue investido de la atribución de ejercer el control de la conducta de los empleados públicos por la Constitución de 1886 y hoy por la Constitución de 1991. Y que para el cumplimiento de este deber que la Carta le impone, a la Prucuraduría le asiste la facultad de adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

Y cuando la Procuraduría asume la función de investigación, debe estarse al procedimiento que le es propio, es decir al de la Ley 25 de 1974 que cita como infringida el libelista. Es cierto que en cuanto a las faltas y a las sanciones si eran aplicables las que rigen a los servidores del ISS, pero en el caso *sub-exámine* la Procuraduría en la formulación de cargos específicos al actor indicó la violación de las normas propias del régimen disciplinario de los empleados de la seguridad social al cual estaba sometido el encartado y así lo sancionó, por incumplimiento en los deberes que el mismo estatuto le imponía.

Sobre el segundo cargo referente a que los actos demandados contrarían, por falta de aplicación, los artículos 21, 49, 52, 53, 55, 56, 57, 62, 63, 65, 67, 73 y 76 del decreto 1651 de 1977, la Sala encuentra que no existió tal trasgresión. Por el contrario,

precisamente la aplicación debida de estos preceptos frente al hecho que nunca desconoció el actor de existir un cruce de horarios en los dos cargos desempeñados y de haber percibido dos asignaciones provenientes del tesoro público sobrepasando las ocho horas permitidas, sin estar dentro de la excepción del artículo 21 del Decreto 1651 de 1977, fue lo que dio lugar a la sanción.

Respecto de la graduación de la falta disciplinaria, para la cual en sentir del actor fueron desconocidos por la Procuraduría los criterios y parámetros del artículo 61 del Decreto 1651 de 1977, por no haber tenido en cuenta las circunstancias atenuantes, como fueron, en el caso *sub-exámine,* la escasez de médicos especialistas en ginecoobstetricia en la época en que se cometió la falta disciplinaria y el hecho de haber presentado renuncia que no le fue aceptada, la Sala encuentra que en cuanto a lo primero, no obra prueba en el proceso que respalde la afirmación; de la comunicación que figura en el expediente, proveniente de la Sociedad de Ginecología y Obstetricia de Nariño (fl. 108 cdno. No. 3), no se puede colegir la mencionada escasez. El documento no pasa de ser una afirmación sin sustento alguno pues no hace referencia al número de usuarios que atienden los hospitales, ni al número de habitantes, etc., factores éstos que llevarían a un convencimiento de lo manifestado. Obra en el plenario por el contrario, prueba de que sólo el hospital contaba con cinco especialistas que se encontraban todos en el turno de la mañana como lo testificó uno de los colegas del actor. Igualmente existe la prueba de turnos en espera de una segunda llamada, cuestión que rebate palmariamente la afirmación contenida en el citado documento. Por lo demás, la escasez de médicos de su especialidad, lo que le permitía al tenor del artículo 21 del Decreto 1651 de 1977 era desempeñar otro cargo remunerado por el tesoro público aún en jornada que sumada a la del Instituto excediera de 8 horas, pero en ninguna forma de superposición de horarios en el desempeño de los dos cargos.

Y en cuanto a la renuncia que dice el actor presentó, cabe anotar que tampoco existe prueba documental que sería la idónea, pero aún de ser cierto, no excusa su conducta, como quiera que sabido es que la ley permite que transcurrido un determinado tiempo sin que la administración acepte una renuncia, el empleado puede separarse del servicio sin consecuencia adversa alguna. Actitudes como la del médico demandante son altamente preocupantes; mantener a sabiendas, un cruce de horarios desde julio de 1983 hasta marzo de 1987, merece todo el reproche y amerita la sanción impuesta. Como bien lo anota el ente sancionador, la prestación del servicio de atención de salud en el Instituto de Seguros Sociales, tenía que verse afectada con su proceder, porque la superposición de horarios no le permitía en las dos Instituciones a la vez

Es inocultable la gravedad de este tipo de faltas en los profesionales de la salud, pues ponen en peligro el derecho más importante de las personas, el derecho a la vida. El régimen disciplinario a que estaba sometido el demandante (artículo 68 del Decreto 1651 de 1977), tipifica como falta grave, las conductas de los funcionarios de seguridad social que produzcan o amenacen producir el deterioro, menoscabo o entorpe-

cimiento del servicio, que fue la conducta asumida por el demandante al desatender los deberes que el cargo de médico le imponía.

Indolente resulta por otra parte la conducta asumida por las directivas del Hospital Mary Díaz de Pasto. Durante los casi cuatro años que duró el cruce de horarios del actor, enterados de la situación, como lo declara el Director de ese entonces, no idearon la manera de redistribuir el horario, ni hicieron la convocatoria para reclutar el recurso humano necesario para atender a cabalidad el servicio. La excusa dada por los directores en cuanto al trámite que tenían que surtir ante el Ministerio de Salud y el Servicio Seccional de Salud, para aceptar la supuesta rebaja de horas que solicitaba el actor, o la supuesta renuncia de cuatro horas, resulta por lo menos pueril. Si era un trámite tan engorroso y demorado, tuvieron casi cuatro años, tiempo suficiente para hacerlo.

Causa estupor a la Sala la declaración de uno de los testigos, el jefe del departamento de ginecología del Hospital, funcionario que distribuía los turnos, que dice que era consciente del cruce de horarios no sólo del actor, sino de los demás profesionales al servicio del Hospital y sin ningún reato en su exposición manifiesta que era necesario "sacrificar algún puntillo de la ley" (fl. 170), actitud que no puede entenderse encaminada a la buena prestación del servicio, sino precisamente a todo lo contrario. Y lo más grave es que con ello se puso en peligro la vida de los usuarios del Instituto de Seguros Sociales, que se vieron desatendidos. Obra en el expediente la sanción impuesta al médico demandante con suspensión de 30 días, sin derecho a sueldo, por no asistir, estando de turno, a una señora que estaba próxima a dar a luz, la cual tuvo que ser atendida por el personal auxiliar de enfermería, no obstante que tenía el derecho a que la atendiera el médico especialista (fl. 122 cdno. No. 4). Obra también en el plenario que en 1985 el actor no cumplió con el 37.55% de los partos que tenía asignado por el Instituto de Seguros Sociales, e igualmente obra en el acta de visita de la Procuraduría al Hospital, transcripción de un oficio del Director, llamando la atención al actor por no haber asistido a las reuniones científicas (fl. 60 cdno. No. 3).

De manera que las circunstancias que el actor dice que debieron tenerse como atenuantes para su sanción, de acuerdo con las prescripciones del decreto 1651 de 1977, no lo son; tales conductas son de una gravedad manifiesta, no sólo al tenor de las normas mismas citadas por el actor, sino, como ya se dijo, dadas las calidades del infractor, de ser un médico cuya especialidad es la ginecología y obstetricia.

Finalmente, en cuanto al cargo de haberse impuesto la destitución con base en una sanción anterior de suspensión, la cual, en sentir del actor fue sustentada en el Acuerdo 158 de 1980, emanado del Instituto de Seguros Sociales, que fue suspendido por el Consejo de Estado. encuentra la Sala que también carece de fundamento, por cuanto la sanción impuesta como se lee en el texto de la Resolución No. 5082 de 1985, por la

cual se sanciona al actor con suspensión de 30 días, sin derecho a sueldo, por no haber atendido el parto de una afiliada del Seguro Social encontrándose de turno en el Instituto, fundamenta la sanción no solamente en el mencionado Acuerdo, sino en el propio Decreto 1651 de 1977. Pero si ello no hubiere sido así, a pesar de ser cierto que el Acuerdo citado, fue declarado nulo por el Consejo de Estado el 19 de septiembre de 1990, dicha sentencia no toca los efectos de las situaciones concretas e individuales que se produjeron, en este caso, en el año de 1985, en vigencia del citado Acuerdo. En efecto, el.acto se cometió y fue sancionado bajo la vigencia de dicho Acuerdo, y la resolución respectiva no ha sido anulada por la jurisdicción; los efectos de la nulidad del Acuerdo en cita produjeron efectos *erga omnes,* pero sólo para el futuro, no para situaciones que ya se encontraban consolidadas.

Por todo lo anterior, la Sala considera que las pretensiones de la demanda no han de prosperar y así lo dirá en el fallo de este proveído.

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:

REVOCASE la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, el dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992) en el proceso incoado por el Médico JOSE IGNACIO DELGADO ORTIZ; en su lugar **NIEGANSE** las pretensiones de la demanda.

Reconócese a la Doctora ANA PATRICIA FRANCO LUQUE como apoderada del Instituto de Seguros Sociales, en los términos y para los efectos del poder visible al folio 273.

Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994) y se ordenó su publicación.

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno* (ausente).

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE DE TIEMPO COMPLETO–Prohibiciones/DOBLE VINCULACION–Improcedencia/SANCION DISCIPLINARIA/INSUBSISTENCIA

Se encuentra plenamente demostrado que el actor desempeñó simultáneamente dos cargos docentes de tiempo completo, en establecimiento de carácter oficial, y además se probó la situación totalmente contraria al orden jurídico en que incurrió el actor, al haber laborado como docente de tiempo completo en la misma jornada, en dos instituciones educativas oficiales, durante el período 1981 a 1988, motivo por el cual la Procuraduría General de la Nación le impuso una sanción disciplinaria. La garantía que poseen los docentes de permanecer en el servicio mientras no hayan sido excluidos del escalafón, obra a plenitud cuando la vinculación laboral con la entidad oficial tiene respaldo jurídico, es decir no contraría ley o precepto constitucional alguno. En casos como el presente, no cabe solución diferente para remediar la situación irregular, que declarar la insubsistencia de uno de los dos cargos y ésto fue lo que ocurrió con el actor, quien no fue excluido del escalafón docente y conservó su vinculación laboral con el Inem "Felipe Pérez" de Pereira.

DESCENTRALIZACION ADMINISTRATIVA DE LA EDUCACION/LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA/NACIONALIZACION DE LA EDUCACION

Desde el punto de vista procesal, la demanda estuvo bien dirigida contra el Departamento de Risaralda, por cuanto el actor estima que con la expedición del acto acusado se violaron las normas del estatuto docente y de la carrera administrativa, y en tales eventos, quien debe responder

es el ente territorial que produjo el acto. La vinculación de la Nación ordenada por el Tribunal no fue acertada, pues modificó sin facultad para hacerlo, el marco de la demanda.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 7842. Autoridades Departamentales. Apelación Sentencia. Actor: Henry León Alfonso.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Adminiatrativo de Risaralda, en el proceso promovido por Henry León Alfonso, contra el Departamento de Risaralda, y en forma solidaria, contra el doctor Ernesto Zuluaga Ramírez, gobernador del mismo. El *a-quo* vinculó como parte a la Nación - Ministerio de Educación Nacional (fl. 142 cdno. ppal.).

ANTECEDENTES

1. La accionante, a través de apoderado especial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo de Risaralda, que declarara la nulidad del Decreto 0282 de marzo 22 de 1991, proferido por el Gobernador del Departamento de Risaralda como Presidente de la Junta Administradora F.E.R., mediante el cual se declaró insubsistente al actor del cargo de profesor de tiempo completo, en el Instituto Docente Rafael Uribe Uribe de Pereira; declarar igualmente nulo, el acto administrativo de mayo 6 de 1991, emanado del citado Gobernador y de la Secretaría Jurídica, por el cual se inadmitió el recurso de reposición incoado por el actor contra el decreto antes mencionado; y como consecuencia de lo anterior, solicitó ser reintegrado al mismo cargo, o a uno de igual o superior categoría: el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, hasta cuando sea reintegrado; se le reconozca para todos los efectos legales que no hubo solución de continuidad en el ejercicio del cargo; ordenar se cumpla el fallo en el término consagrado por el artículo 176 del C.C.A.; y condenar a los demandados, a que si no cumplen el fallo dentro del término legal, reconozcan y paguen al actor, intereses comerciales durante los primeros seis meses, contados a partir de la ejecutoria del fallo, y moratorios después de ese término, conforme al artículo 177 del C.C.A. (fls. 19 y 20 cdno. ppal.).

2. El *a-quo* en el fallo recurrido, negó las súplicas de la demanda (fls. 170 a 216 del cdno. ppal.), porque consideró que el actor desempeñaba dos cargos docentes de

tiempo completo en centros educativos diferentes, y percibía doble salario del tesoro público.

Se demostró según el Tribunal, que el actor desempeñó simultáneamente entre julio de 1981 y finales de 1988, dos cargos docentes en la misma jornada y de tiempo completo en los colegios Inem Felipe Pérez y Rafael Uribe Uribe de Pereira, por lo que fue sancionado por la Procuraduría General de la Nación, con suspensión por 15 días como profesor del colegio Rafael Uribe Uribe.

El citado Gobernador, obrando en calidad de agente de la Nación, procedió legalmente porque un nombramiento tan irregular no podía subsistir; dicha medida no constituye destitución, por lo cual no era necesario un previo proceso disciplinario, y pese a esta medida el actor continuó desempeñando su otro cargo de docente, sin salir del escalafón.

La prohibición de devengar dos asignaciones en cargos docentes ambos de tiempo completo, estuvo prescrita por el D.L. 1763 de 1960, art.1o., lit. a), y a partir de la Ley 4a. de 1992, desapareció toda posibilidad de desempeñar más de un cargo docente y de tiempo completo, estando al servicio del Estado.

Si bien a partir de 1989, se produce un cambio en las jornadas de trabajo del actor en los dos colegios, queda la duda de cómo podía cumplir con sus labores, sin superposiciones en los horarios. De allí que ni siquiera con la permisibilidad que consagra el literal b) del art. 1o. del decreto antes citado, podía el actor atender el ejercicio regular de los dos cargos.

3. El actor fundamenta su inconformidad con el anterior fallo, con los siguientes argumentos:

El *a-quo* hizo errónea aplicación del literal a) del art. 1o. del Decreto 1713 de 1960, por cuanto al haberse demostrado que el actor tiene título universitario de licenciado, está incluido dentro de la excepción del literal b) de la citada disposición. Si existe duda, ésta debe ser resuelta en favor del trabajador, como lo consagra el art. 53 de la Carta.

A pesar de existir certificaciones de las cuales se deduce que el actor fue nombrado en dos cargos y en la misma jornada, no hubo cruce de horarios puesto que el rector (no especifica de qué plantel), dispensó al actor para que ejerciera sus funciones en jornada distinta, esta verdad real debe imponerse sobre la formal.

El Gobernador de Risaralda no podía declarar la insubsistencia de ninguno de los nombramientos, por no ser legal según el Decreto Ley 2277 de 1979, art. 68, ya que ésta sólo opera para el docente no escalafonado, o cuando se dé la situación prevista en el art. 7o. del citado decreto, que tampoco aquí se ha producido (fl. 223 a 226 cdno. ppal.).

En su escrito de alegatos en esta instancia, el actor reitera que para retirarlo del cargo era necesario aplicar el debido proceso (Decreto 2277/79 y normas reglamentarias). Y agrega, que cuando se expidió el Decreto Ley 1713 de 1960, no existían los profesionales de la docencia (licenciados en ciencias de la educación), quienes solamente adquirieron status jurídico de profesionales universitarios, con la expedición de la Ley 24 de 1976. En consecuencia, el literal a) del art. 1o. del Decreto 1713 de 1960, tuvo como destinatarios a educadores que todavía no poseían el nivel universitario, ya que éste no existía. Solicita en consecuencia, se apliquen el art. 53 (principio pro-operario), art. 29 (principio de favorabilidad), y el art. 13 (derecho de igualdad) de la Carta Fundamental.

Surtido el trámite legal y no observándose causal de nulidad procesal, se decide, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. En primer término observa la Sala que el *a-quo* acogiendo el criterio del agente fiscal y de la parte demandada, dispuso la integración del contradictorio pasivo, ordenando la vinculación y comparecencia de la Nación–Ministerio de Educación Nacional, lo cual efectivamente se produjo, antes de desatar el fondo de la litis.

Dicha decisión se basó en el hecho que el Gobernador del Departamento de Risaralda, al expedir el acto acusado, no obró como jefe de la administración departamental, sino como agente de la Nación, de conformidad con el art. 10 de la Ley 29 de 1989.

En el libelo de la demanda, el actor dice dirigir su reclamación contra el Departamento de Risaralda y no contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional, por cuanto considera que el acto acusado fue expedido contraviniendo el Estatuto Docente y normas de carrera administrativa, por lo cual según lo dispuesto en el art. 9o., parágrafo 2o. de la Ley 29 de 1989, la Nación no asume responsabilidad, sino que ella recaerá en la entidad territorial correspondiente (fls. 24 a 26 cdno. ppal.).

El art. 9o. de la Ley 29 de 1989, al disponer la descentralización administrativa de la educación, prescribe en el parágrafo 2o. lo siguiente:

> "La Nación no asume responsabilidad alguna por los nombramientos que excedan las plantas de personal aprobadas por el Gobierno Nacional para la respectiva jurisdicción municipal y para la jurisdicción de la Isla de San Andrés, ni nacionalizará el personal así designado.
>
> **"Los nombramientos y demás novedades de personal que se llegasen a producir por fuera de las respectivas plantas de personal o contraviniendo las normas del Estatuto Docente y de la Carrera Administrati-**

va y las disponibilidades presupuestales correspondientes, serán de exclusiva responsabilidad del municipio o entidad territorial que los hiciere, y suyas las cargas civiles, administrativas y laborales que de tales actuaciones se desprendan. E1 funcionario que produjere el nombramiento o la novedad de personal, incurrirá en causal de mala conducta, y responderá solidariamente con la entidad que dicho funcionario represente.

"Las demandas que se llegaren a presentar por causa de los nombramientos y demás novedades de personal con desconocimiento de lo prescrito en este parágrafo, se dirigirán contra el municipio o entidad territorial respectiva, y contra el funcionario que produjo el acto". (se destaca).

De lo anterior se desprende, que desde el punto de vista procesal, la demanda estuvo bien dirigida contra el Departamento de Risaralda, por cuanto el actor estima que con la expedición del acto acusado se violaron las normas del estatuto docente y de la carrera administrativa, y en tales eventos, quien debe responder es el ente territorial que produjo el acto. La vinculación de la Nación ordenada por el Tribunal no fue acertada, pues modificó sin facultad para hecerlo, el marco de la demanda.

En consecuencia, el debate procesal se circunscribe en establecer si efectivamente el Gobernador del Departamento de Risaralda produjo ilegalmente el acto, y de ser así si debe responder la entidad departamental, y él solidariamente como su representante.

2. La inconformidad del accionante se fundamenta en la interpretación y aplicación por el *a-quo,* del Decreto 1713 de 1960, concretamente en que consideró aplicable al caso el literal a) cuando el aplicable era el literal b).

Los literales en mención disponen:

a) "Las asignaciones que provengan de establecimientos docentes de carácter oficial, siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo";

b) "Las que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario, hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal permita el ejercicio regular de tales cargos".

Respecto a esta materia, existe reiterada jurisprudencia emanada de de esta Sección, en donde se definió que a la luz del Decreto 1713 de 1960, está prohibido a una misma persona ocupar en forma simultánea dos cargos docentes de tiempo completo.

En reciente pronunciamiento, esta Sección expresó:

"El literal a) del artículo 1o. del decreto mencionado (Decreto 1713/60) al consagrar una excepción a la prohibición constitucional aludida, hace referencia expresa el profesorado de tiempo completo para sustraerlo de dicha excepción. Dada la diafanidad de los términos en él empleados, la precisión del concepto y el carácter restrictivo que el ordenamiento jurídico ha previsto para los regímenes de excepciones, la Sala estima que no es del caso recurrir al análisis interpretativo del parágrafo de la norma citada, para saber si el actor era en ambos establecimientos educativos, profesor de tiempo completo, pues no hay duda alguna acerca de esta condición.

El horario normal de trabajo de 8 horas, tiene que ver con otro literal, el b), y teniendo los docentes regulación expresa debe aplicárseles ésta, no la que se refiere a profesionales con título universitario (...).

De otra parte, cabe anotar que no se transgreden las normas sobre estabilidad relativa de los docentes escalafonados contenidas en el Decreto 2277 de 1979, que invocen como violadas en la demanda, y que establece que el educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón, por cuanto tal preceptiva se refiere a los educadores escalafonados que dada la legalidad de su vinculación con el sector oficial. se encuentren rodeados de las garantías de estabilidad relativa que en ellas se consagran". (Sentencia de febrero 17 de 1993. M.P. Dra. Clara Forero de Castro. Exp. 5949. Actor: Ramón Antonio Zapata M.).

Pues bien. como lo considera el *a-quo,* en la presente litis se encuentra plenamente demostrado que el actor desempeñó simultáneamente dos cargos docentes de tiempo completo, en establecimientos de carácter oficial, y además se probó la situación totalmente contraria al orden jurídico en que incurrió el actor, al haber laborado como docente de tiempo completo en la misma jornada, en dos instituciones educativas oficiales, durante el período 1981 a 1988, motivo por el cual la Procuraduría General de la Nación le impuso una sanción disciplinaria.

Como se anota en la cita jurisprudencial, la garantía que poseen los docentes de permanecer en el servicio mientras no hayan sido excluidos del escalafón, obra a plenitud cuando la vinculación laboral con la entidad oficial tiene respaldo jurídico, es decir no contraría ley o precepto constitucional alguno.

En casos como el presente, no cabe solución diferente para remediar la situación irregular, que declarar la insubsistencia de uno de los dos cargos y ésto fue lo que ocurrió con el actor, quien no fue excluido del escalafón docente y conservó su vinculación laboral con el Inem "Felipe Pérez" de Pereira.

En conclusión, considera la Sala que no ha habido quebranto de normas constitucionales ni legales en el acto de declaratoria de insubsistencia del actor, por lo cual se impone confirmar la sentencia apelada.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada de noviembre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992), pronunciada por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que negó las pretensiones de la demanda promovida por HENRY LEON ALFONSO, contra el Departamento de Risaralda, y en forma solidaria, contra Ernesto Zuluaga Ramírez.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Devuél vase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DIRECTOR DE ESTABLECIMIENTO CARCELARIO/SANCION DISCIPLINARIA/INTERNO–Permiso/**AGRAVANTES DE LA SANCION/ DESTITUCION**

La sanción disciplinaria impuesta al demandante obedeció a que en ejercicio del citado empleo, excediendo sus facultades legales, otorgó permiso para salir a la calle al condenado, quien se ausentó del establecimiento carcelario bajo la vigilancia de un guardián de prisiones, y aprovechando la oportunidad propia se fugó, hecho del cual es responsable el actor por omitir el estricto cumplimiento de los deberes de su cargo al conceder tal permiso sin facultad para hacerlo y por negligencia en la determinación de la situacion jurídica del preso, la que ponía de manifiesto su alta peligrosidad, conducta calificada como falta grave; porque con antelación y en forma reiterada venía otorgando este tipo de permisos, siendo, por ende, responsable con su actitud del arrogamiento de atribuciones propias de la Dirección General de Prisiones, la cual atenta contra los intereses de la administración pública, constitutiva de falta grave; en virtud, además, de que existe el ingrediente consistente en dar los mencionados permisos con pleno conocimiento de causa, para que fuera de la cárcel los presos condenados ejecutaran trabajos particulares de los mismos empleados; que de igual modo desatendiendo lo ordenado en circular de la referida dependencia administrativa del Ministerio de Justicia, mantenía a presos sindicados por infracción al Decreto 1118 de 1974, y por extorsión y chantaje, en el patio llamado de "superespeciales", poniendo además en grave peligro el establecimiento carcelario y su seguridad; que a lo expuesto se suma la conducta reprochable del actor dentro de la investigación adelantada, pretendiendo rehuir su responsabilidad, atribuyéndola no solo a personal subalterno, sino también a administraciones anteriores, conducta que se estima como un agravante de la sanción a imponer.

PROCESO DISCIPLINARIO/INVESTIGACION COMPLEJA/PRINCIPIO DE ECONOMIA PROCESAL/PERSONAL CARCELARIO Y PENITENCIARIO

No resulta injurídico que dentro de un proceso disciplinario se puedan investigar varios hechos que se presuman constitutivos de faltas disciplinarias del funcionario inculpado, mientras no se haya presentado frente a los mismos la caducidad de la acción disciplinaria, pues no existe norma que prohíba, y antes por el contrario, armoniza con el principio de economía en la actuación administrativa a que alude el artículo 3o. del C.C.A. De otra parte como lo anota el *a-quo,* del artículo 59 del Decreto 2655 de 1973 se infiere la posibilidad de que una averiguación disciplinaria abarque varios hechos que se consideren constitutivos de faltas, al consagrar que cuando la investigación fuere compleja por el número de infracciones que se hayan cometido o por el número de funcionarios acusados, deberá ser realizada por un inspector y evaluada luego por el Jefe de la División de Inspectores de la Dirección General de Prisiones, cumplido lo cual, pasará para fallo al respectivo superior.

NORMA CONSTITUCIONAL–Violación/NORMA LEGAL

La parte actora no precisó disposición alguna del estatuto de la carrera carcelaria y penitenciaria, que señale que al inculpado debe dársele traslado de los cargos, tópico sobre el cual se hace énfasis en el escrito contentivo del recurso de apelación. Y en relación con el artículo 26 de la anterior Constitución Política, ha manifestado la Corporación que no es viable su violación directa, sino a través de la transgresión de las normas legales que le dan desarrollo.

SANCION DISCIPLINARIA/CARGOS/PRESUNCION DE LEGALIDAD

Al no haberse demostrado por el actor vicios de forma que afectaran de nulidad el acto acusado, le correspondía a él para infirmar dicho acto, probar de manera fehaciente dentro del plenario, y para desvirtuar la presunción de legalidad que lo ampara, que los cargos que sirvieron de soporte a la administración, para imponerle la sanción carecían de fundamento y que las normas que sirvieron de apoyo para adoptar esa decisión administrativa, citadas en el acto demandado, no fueron infringidas por el demandante, lo cual no hizo.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 6158. Resoluciones Ministeriales. Actor: Jairo Díaz Aristizábal.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 1o. de agosto de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo del Meta en el proceso incoado por el señor Jairo Díaz Aristizábal en orden a obtener la nulidad de la resolución No. 172 del 29 de enero de 1985, expedida por el Ministerio de Justicia, mediante la cual fue destituido del empleo de Director de Establecimiento Carcelario, Código 5070, Grado 18, de la Cárcel del Distrito Judicial de Villavicencio y lo inhabilitó para ejercer cargos públicos por el lapso de cuatro años; así mismo, solicitó se declare que en este asunto operó el fenómeno del silencio administrativo negativo al no haberse resuelto dentro de los términos legales el recurso de reposición interpuesto dentro del plazo que la ley concede contra la mencionada resolución (folios 8 y 9 cdno. ppal.).

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho el actor pide se le restituya al empleo que venía ocupando, o a otro de igual o superior categoría, que se le paguen todos los sueldos y prestaciones sociales dejados de devengar, sin solución de continuidad en sus servicios (folio 9).

LA SENTENCIA APELADA

El *a-quo* al denegar las súplicas de la demanda (folio 119 *ibídem*), afirmó que es incuestionable que el régimen disciplinario aplicable a los empleados del ramo carcelario y penitenciario es el contenido en el decreto 2655 de 1973; que en cuanto a que los hechos que dieron origen al acto de destitución debían investigarse separadamente por ser independientes entre sí, de acuerdo con el artículo 59 del mencionado decreto se establece que la ley consagró el supuesto de que una instrucción abarcara hechos distintos; que además, no existe razón lógica ni legal para que todos los cargos den nacimiento a sendas investigaciones, ni tampoco advierte que por motivo de instruirlos conjuntamente, se hubiera desconocido derecho alguno del funcionario inculpado; que en las diligencias pertinentes se le formularon los cargos, se le oyeron los descargos, es decir, que los rindió; que la afirmación de no haber sido abierta investigación formal, riñe con la realidad, pues obra en el proceso el trámite disciplinario que dio origen a la resolución impugnada, la correspondiente investigación la inició formalmente el investigador y el proceso en su plenitud en este evento es más breve y mas sumario, más suscinto que el existente en otros estatutos de personal que rigen a los empleados oficiales; que en este evento no tiene significación jurídica que existiera resolución de suspensión por otra investigación causada en una fuga; que esta era una realidad y que la circunstancia de que la justicia penal le hubiera o no revocado al actor el auto de detención, no lo exculpaba de las averiguaciones disciplinarias que contra él cursaran; que en el escrito del recurso de reposición interpuesto por el

demandante no se queja de desconocer los cargos que fundamentaron el acto recurrido y tampoco expresa que existieran pruebas dentro del proceso disciplinario o fuera de él, que inmacularan su conducta; que en las diligencias de descargos el actor alegó que los permisos otorgados eran una costumbre de tiempo atrás, el permitir que los internos trabajaran para los empleados, lo cual le parecía bueno sin conocer de su ilegalidad; que la licencia del fugado Oscar Sánchez, la concedió por una calamidad doméstica y que para el actor constituyó una conducta de humanidad y de fuerza mayor; que no consta en este asunto elemento alguno para demostrar que la Procuraduría haya tramitado instrucción por los mismos hechos que originaron la resolución acusada; que en cambio sí se observa que el investigador especial informó a ese organismo el mismo día que inició su actuación, el conocimiento del caso; que la averiguación adelantada por la Procuraduría la originó la fuga de José Vicente Baquero, también por la época en que el demandante era el Director de la Cárcel de Villavicencio; que no hubo violación del derecho de defensa, pues al empleado investigado no se le sorprendió en ningún momento con los cargos ni se le ocultaron pruebas, que cambiaran en lo mínimo el resultado de la investigación, tampoco aparecen negadas o dejadas de estudiar; que en este caso sucede que los cargos sí son graves y uno solo de ellos, debidamente probado, sería suficiente para sustentar la destitución; que como el escrito introductorio se fundamenta en plantear la violación del derecho de defensa y no sobre la gravedad de los hechos, no es pertinente extenderse sobre el tópico; que en síntesis, los hechos que se le atribuyen al demandante éste los aceptó y que las explicaciones dadas no es viable admitirlas y que de ninguna manera aparece concretado el quebrantamiento del derecho de defensa, sin que exista la falsa motivación que se le hace a la resolución enjuiciada No. 172 y así mismo el poder del funcionario se mantuvo dentro de su cauce legal (folios 109 a 119 *ibídem*).

EL RECURSO DE APELACION

Por su parte el actor, en el escrito de sustentación del recurso de apelación, expone las razones de inconformidad con la sentencia de*la-quo* (folios 133 a 139*ibídem*), manifestando que ésta debe ser revocada para que en su lugar se acceda a las súplicas del libelo, pues en el caso *sub-júdice* no basta sostener que por haber sido oído en descargos el actor, sin que antes hubiera conocido la concreción de los cargos, se subsane así la irregularidad en el procedimiento aplicado, ya que el nominador lo pretermitió; que en el fondo sí se conculcó el verdadero derecho de defensa, el derecho a controvertir la prueba, y no sometérsele a interrogatorio como realmente ocurrió en este asunto; que el investigador citó al demandante para escuchar la versión del inculpado de los cargos que en ese momento se le dieron a conocer, sin permitir su verdadera defensa; que no obstante que el Ministerio de Justicia tramitó y concluyó el procedimiento disciplinario con aplicación del Decreto 2255 de 1973, también es cierto que no existió la plenitud de las formas propias del juicio ni el principio de favorabilidad de la ley, pues no hay excusa jurídica que por ser un procedimiento más breve, más sumario, sea el instrumento idóneo para desconocer al actor su derecho de defensa;

que se hizo caso omiso al derecho que le asistía a conocer previamente la formulación de cargos, a pedir las pruebas y a que estas fueran decretadas y practicadas por la administración; que el fallador se rige en forma exégetica en la interpretación que hace del artículo 56 del Decreto 2655 de 1973; que para dar un sentido lógico a la norma, con prevalencia del derecho de defensa, era indispensable que al demandante, para que hubiera sido oído en descargos, hubiera conocido previamente los cargos, no al momento de la diligencia del interrogatorio, toda vez que él fue ajeno al contenido de la prueba recepcionada hasta ese momento procesal; que de conformidad con el artículo 84 del Decreto 2655 de 1973, si el artículo 56 *ibídem* no estableció específicamente el traslado del pliego de cargos al inculpado, era dable concluir que por analogía debía aplicarse el procedimiento legal contenido en disposiciones generales que al efecto se han dictado y que se puede hacer alusión a los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973; que a la parte actora asiste la razón jurídica porque el Ministerio de Justicia profirió la Resolución No. 2589 del 5 de junio de 1974, mediante la cual se expiden normas para la debida aplicación del título V del Decreto 2655 de 1973, la cual de conformidad con su artículo 1o. traduce la importancia de garantizar el derecho de defensa a través del debido proceso; que la conducta del demandante fue cuestionada en razón de varias fugas de presos que se presentaron en el establecimiento carcelario de la ciudad de Villavicencio, del cual era su Director, por hechos que se realizaron en forma separada, en otros términos, tales fugas no fueron coetáneas, tuvieron circunstancias de modo, tiempo y lugar específicas y diferentes que pudieran ser correlacionadas para una sola investigación disciplinaria; que el Ministerio de Justicia inició la acción disciplinaria en contra del actor por estos hechos, acumulándose, con los que tuvieron ocurrencia en fechas distintas, en circunstancias diferentes, y que obligaban iniciar varias investigaciones disciplinarias; que sin embargo ello no ocurrió y se produjo una sola investigación por la administración, desconociéndose aún más el derecho de defensa, y es respecto de esta investigación que se originó la decisión de destitución, sin haberse corrido pliego de cargos; que en el caso *sub-exámine* no aparece prueba contundente que demuestre la responsabilidad del actor, para que se le aplicara la sanción disciplinaria de destitución; que en la interpretación del artículo 59 del Decreto 2655 de 1973 y armonizando con las garantías del artículo 26 de la Carta de 1886, si los hechos se suscitaron en distintas fechas, en momentos diferentes y circunstancias, es indebida la acumulación, por razones jurídicas, toda vez que cada hecho tiene sus características especiales; que otra es la situación que regula el artículo mencionado del Decreto 2655 de 1973, para el evento en que se suscite un hecho y para su realización se hayan cometido varias infracciones generadas en virtud del hecho principal de la fuga, por lo que sí existe causa y efecto, la relación de causalidad que es materia de la investigación; que no hay constancia en el proceso de las exigencias de los artículos 23 y 24 de la Ley 25 de 1974; que así las cosas, se colige en este asunto el desconocimiento flagrante del derecho de defensa del demandante, pues la administración omitió correr traslado del pliego de cargos, sin darle la oportunidad de controvertir la prueba y de contraprobar los cargos a él formulados.

Admitido el recurso de apelación por auto del 3 de marzo de 1992 (folio 141 *ibídem*), cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide con base en las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar en el caso *sub-júdice* la legalidad de la Resolución No. 172 del 29 de enero de 1985 dictada por el Ministerio de Justicia, mediante la cual el señor Jairo Díaz Aristizábal fue destituido del cargo de Director de Establecimiento Carcelario, Código 5070, Grado 18, de la Cárcel del Distrito Judicial de Villavicencio y lo inhabilitó para ejercer empleos públicos por el término de cuatro años (folios 18 a 20 cdno. ppal.).

Como consta en autos, la sanción disciplinaria impuesta al demandante obedeció a que en ejercicio del citado empleo, excediendo sus facultades legales, otorgó permiso para salir a la calle al condenado, quien se ausentó del establecimiento carcelario bajo la vigilancia de un guardián de prisiones, y aprovechando la oportunidad propicia se fugó, hecho del cual es responsable el actor por omitir el estricto cumplimiento de los deberes de su cargo al conceder tal permiso sin facultad para hacerlo y por negligencia en la determinación de la situación jurídica del preso, la que ponía de manifiesto su alta peligrosidad, conducta calificada como falta grave; porque con antelación y en forma reiterada venía otorgando este tipo de permisos, siendo, por ende, responsable con su actitud del arrogamiento de atribuciones propias de la Dirección General de Prisiones, la cual atenta contra los intereses de la administración pública, constitutiva de falta grave; en virtud, además, de que existe el ingrediente consistente en dar los mencionados permisos con pleno conocimiento de causa, para que fuera de la cárcel los presos condenados ejecutaran trabajos particulares de los mismos empleados; que de igual modo desatendiendo lo ordenado en circular de la referida dependencia administrativa del Ministerio de Justicia, mantenía a presos sindicados por infracción al Decreto 1118 de 1974, y por extorsión y chantaje, en el patio llamado de "superespeciales", poniendo además en grave peligro el establecimiento carcelario y su seguridad; que a lo expuesto se suma la conducta reprochable del señor Díaz Aristizábal dentro de la investigación adelantada, pretendiendo rehuir su responsabilidad, atribuyéndola no solo a personal subalterno, sino también a administraciones anteriores, conducta que se estima como un agravante de la sanción a imponer.

Como se lee en el capítulo de los hechos del escrito introductorio, la parte actora expresa que al demandante no se le siguió investigación administrativa o disciplinaria separadamente, porque todos los hechos son independientes entre sí, ni menos se le brindó la oportunidad de presentar sus descargos por los cargos formulados, no permitiéndole así al actor, el ejercicio del derecho de defensa (folio 11 *ibídem*).

Como normas violadas con el acto impugnado invoca los artículos 26 de la Carta de 1886, 57 a 61 del Decreto 2655 de 1973 y 23 y 24 de la Ley 25 de 1974.

En el. desarrollo del concepto de la violación (folio 11, 12 y 13 *ibídem*) reitera que se le destituyó con fundamento en una serie de cargos sin darle la oportunidad de defenderse, pues no se observó la plenitud de las formas propias del proceso, al no abrirse una investigación formal, no decretar las pruebas pertinentes y no habérsele dado traslado de cargos para que rindiera los descargos correspondientes y pudiera solicitar las pruebas conducentes al esclarecimiento de los hechos, de otra parte, porque se aducen como antecedentes asuntos ya fallados por la justicia ordinaria, como es el caso del señor José Vicente Baquero en el que el Juzgado 1o. Penal del Circuito de Villavicencio le había revocado al actor el auto de detención, por el cual inclusive volvió a ocupar el cargo de Director de la Cárcel; que además la Procuraduría adelantaba una investigación contra el demandante, razón por la cual se ha infringido la Ley 25 de 1974, ya que por precepto constitucional corresponde a ésta y a sus agentes supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos, y que si la administración no podía iniciar una investigación porque la tenía la Procuraduría, menos aún proseguirla y sancionar sin saber qué rumbo y definición iba a correr la que realizaba el Ministerio Público a través de su Delegado en Villavicencio.

Respecto de los cargos formulados por la parte actora contra la Resolución No 172 de 1985 para solicitar su infirmación, la Sala comparte el criterio del Tribunal Administrativo del Meta según el cual no resulta injurídico que dentro de un proceso disciplinario se puedan investigar varios hechos que se presuman constitutivos de faltas disciplinarias del funcionario inculpado, mientras no se haya presentado frente a los mismos la caducidad de la acción disciplinaria, pues no existe norma que lo prohíba, y antes, por el contrario, armoniza con el principio de economía en la actuación administrativa que alude el artículo 3 del C.C.A. De otra parte como lo anota el *a-quo*, del artículo 59 del Decreto 2655 de 1973 se infiere la posibilidad de que una averiguación disciplinaria abarque varios hechos que se consideren constitutivos de faltas, al consagrar que cuando la investigación fuere compleja por el número de infracciones que se hayan cometido o por el número de funcionarios acusados, deberá ser realizada por un inspector y evaluada luego por el Jefe de la División de Inspectores de la Dirección General de Prisiones, cumplido lo cual, pasará para fallo al respectivo superior.

En lo que se relaciona con la infracción de los artículos 23 y 24 de la Ley 25 de 1974, la Corporación precisa que ella no se ha presentado en el caso *sub-exámine,* puesto que no está probado en el expediente que el demandante hubiera sido investigado por el Ministerio Público por los mismos hechos que dieron origen a la sanción disciplinaria de destitución impuesta mediante la resolución enjuiciada. Lo que consta en el proceso son las Resoluciones Nos. 0-001 del 2 de enero de 1985 de la Procuraduría Regional de Villavicencio y 345 del 13 de mayo del mismo año de la Procuradora Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, mediante las cuales se decidió solicitar a la Dirección General de Prisiones la destitución del demandante del empleo que desempeñaba por la responsabilidad disciplinaria que se le dedujo en la fuga del

detenido José Vicente Baquero Riveros, ocurrida el 9 de Julio de 1984 en la Clínica la Grama (fls. 34 a 40 y 52 a 67 *ibídem*).

La Corporación observa, además, que el investigador especial designado, informó a la Procuraduría el inicio de la averiguación disciplinaria, sin que conste que el Ministerio Público asumiera su conocimiento (fls. 4 y 71 cdno. No. 2).

De otro lado, respecto al hecho de que la justicia penal ordinaria hubiera revocado el auto de detención dictado al actor por el caso de Baquero Riveros, la Sala considera que tal decisión judicial no tiene influencia en este asunto, de una parte teniendo en cuenta la independencia que hay entre la acción penal y la acción disciplinaria, y de otra, porque la fuga del citado señor no tuvo incidencia en la decisión adoptada por la resolución enjuiciada en el *sub-lite.*

Como ya se dijo, la parte actora citó en la demanda como infringidos los artículos 57 a 61 del Decreto 2655 de 1973. Tales disposiciones establecen que la investigación deberá perfeccionarse en un término no superior a 10 días; que una vez realizada, el superior decidirá dentro de los cinco días siguientes a aquel en que la hubiere terminado o en que hubiere recibido el informe del inspector; que cuando la investigación fuere compleja por el número de infracciones que se hayan cometido o por el número de funcionarios acusados, deberá ser realizada por un inspector y evaluada después por el Jefe de la División de Inspectores de la Dirección General de Prisiones, cumplido lo cual, pasará para fallo al respectivo superior; que cuando se investigue falta que tenga prevista la sanción disciplinaria de destitución, el superior del inculpado podrá suspenderlo provisionalmente hasta por el término de 60 días, mientras se produce el fallo; que la destitución solo podrá ser impuesta por el señor Ministro de Justicia, previo concepto y recomendación del Director General de Prisiones, y que el concepto y recomendación de la Junta lo obligan. Y como acertadamente lo destaca el Tribunal en la sentencia apelada (folio 115 *ibídem*), dichas normas invocadas como violadas por el acto enjuiciado, no concuerdan con el concepto de violación desarrollado en el escrito introductorio, pues el actor no se lamenta "ni de los terminos de instrucción, ni del tiempo para decidir, ni de la incompetencia o atribuciones de los funcionarios que actuaron en el disciplinario. Ahora, en la investigación fundamento de la resolución objetada, no hubo suspensión del cargo y no discute el actor la falta del concepto de la junta de carrera penitenciaria, mucho menos tildar de incompetente a quien profirió el acto ahora acusado. El juicio de transgresión es diferente, se refiere al derecho de defensa, reprocha no oírsele en descargos, impidiéndole la defensa, de esa manera violando el rito del proceso, aduce no se decretaron las pruebas pertinentes, no se corrió el traslado de los cargos, impidiéndole los descargos y las pruebas que lo sustentaron".

Respecto de lo planteado por el *a-quo,* dirá la Sala que la parte actora no precisó disposición alguna del estatuto de la carrera carcelaria y penitenciaria, que señale que al inculpado debe dársele traslado de los cargos, tópico sobre el cual se hace énfasis

en el escrito contentivo del recurso de apelación. Y en relación con el artículo 26 de la anterior Constitución Política, ha manifestado la Corporación que no es viable su violación directa, sino a través de la transgresión de las normas legales que le dan desarrollo.

Y, como los alegatos de conclusión y los recursos de apelación no son medios idóneos para modificar o adicionar los planteamientos formulados en la demanda, no es pertinente confrontar la legalidad del acto impugnado a la luz de otras disposiciones aludidas en el escrito de apelación, como los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, el artículo 84 del Decreto 2655 de 1973, y lo establecido en el artículo 1o. de la Resolución No. 2589 de junio 5 de 1974 del Ministerio de Justicia, según lo plantea el accionante en dicho recurso (fls. 135, 136 y 137 *ibídem*).

El artículo 56 del Decreto 2655 de 1973 determina que el investigador consignará por escrito toda la información que se refiere al caso y oirá en descargos al supuesto infractor, diligencia que se llevó a cabo dentro de la investigación disciplinaria iniciada en la ciudad de Villavicencio el 7 de noviembre de 1984 por un Visitador Administrativo (fl. 1 cdno. No. 2), en la cual el demandante rindió descargos (fls. 105 a 111 *ibídem*), y pretende justificar las conductas irregulares en que incurrió y que a la postre dieron lugar a imponerle la sanción de destitución mediante la resolución enjuiciada.

En el cuaderno No. 2 del expediente consta la investigación disciplinaria llevada a cabo por un funcionario de la Dirección General de Prisiones y las distintas etapas administrativas que se efectuaron dentro de ella, previamente a la imposición de la sanción disciplinaria de destitución, por lo que no es cierta la afirmación de la parte actora en el sentido de que en el caso *sub-júdice* no se abrió investigación formal.

Finalmente, la Sala precisa anotar que al no haberse demostrado por el actor vicios de forma que afectaran de nulidad el acto acusado, le correspondía a él para infirmar dicho acto, probar de manera fehaciente dentro del plenario, para desvituar la presunción de legalidad que lo ampara, que los cargos que sirvieron de soporte a la administración, para imponerle la sanción carecían de fundamento y que las normas que sirvieron de apoyo para adoptar esa decisión administrativa, citadas en el acto demandado, no fueron infringidas por el demandante, lo cual no hizo.

En el capítulo de los hlechos de la demanda, el señor Jairo Díaz Aristizábal se limita a decir que como Director del Centro de Reclusión, tuvo que afrontar dificultades en relación con fuga de internos, por hechos no imputables a él (folio 10 *ibídem*); y en el escrito del recurso de apelación, apenas afirma que no aparece prueba contundente que demuestre la responsabilidad del demandante.

Con base en las anteriores consideraciones, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta el 1o. de agosto de 1991, dentro del proceso incoado por el señor Jairo Díaz Aristizábal en orden a obtener la nulidad de la resolución No 172 del 29 de enero de 1985 expedida por el Ministerio de Justicia, mediante la cual fue destituido del cargo de Director de Establecimiento Carcelario, Código 5070, Grado 18, de la Cárcel del Distrito Judicial de Villavicencio y se le inhabilitó para ejercer cargos públicos por el término de cuatro años.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA JUDICIAL–Régimen Aplicable/**CONGRESO DE LA REPUBLICA/COMPETENCIA/VACIO NORMATIVO**–Inexistencia/**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**–Facultades/**POTESTAD REGLAMENTARIA**–Extralimitación/**SUSPENSION PROVISIONAL**

Estése a lo resuelto en el proceso 9636, actor: LUIS FERNANDO CAICEDO, mediante auto de 15 de abril de 1994 por el cual esta Sección decretó la suspensión provisional del acto acusado, confirmado por auto de 29 de abril del mismo año.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 9919. Autoridades Nacionales. Actor: Luis Evelio Hoyos Zapata.

1o. Se le reconoce personería al abogado Darío Aldana Vargas como apoderado del demandante LUIS EVELIO HOYOS ZAPATA.

2o. Admítese la demanda presentada tendiente a obtener la declaración de "insubsistencia" y subsidiariamente de nulidad absoluta del Acuerdo expedido por el Consejo Superior de la Judicatura el 23 de noviembre de 1993, por el cual se reglamenta el sistema de méritos para el ingreso, permanencia y retiro del servicio en los cargos de carrera de la Rama Judicial.

3o. Notifíquese, personalmente a los señores Agente del Ministerio Público y Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, y por estado.

4o. Fíjese en lista por el término de 5 días para los efectos del numeral 5o. del artículo 207 del C.C.A.

5o. Solicítense los antecedentes administrativos.

6o. SUSPENSION PROVISIONAL

El demandante solicita se suspenda provisionalmente el Acuerdo acusado, con fundamento en las siguientes razones:

"Solicito, igualmente, la SUSPENSION PROVISIONAL del acto acusado para lo cual invoco el numeral segundo del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, habida cuenta que de la confrontación de las normas constitucionales con el acto acusado éste último viola flagrante y protuberantemente las primeras".

Para resolver se considera:

a) El artículo 152 mencionado, exige que el demandante **sustente de modo expreso** la suspensión provisional que solicite, vale decir, que demuestre con las argumentaciones pertinentes la transgresión de normas, por confrontación directa con el acto acusado.

b) La "sustentación" arriba transcrita, a juicio de la Sala no es tal, sino una simple afirmación en el sentido de que el acto acusado viola flagrante y protuberantemente normas constitucionales.

c) Al no cumplir la solicitud del actor con el requisito mencionado, la Sala debería denegarla. Empero, como el referido acto administrativo fue ya suspendido provisionalmente dentro del Proceso No. 9636 en el que es actor LUIS FERNANDO CAICEDO, se dispondrá que se esté a lo resuelto en tal proceso.

En consecuencia, se dispone: Estése a lo resuelto en el Proceso 9636, actor: Luis Fernando Caicedo, mediante auto del 15 de abril de 1994 mediante el cual esta Sección decretó la suspensión provisional del acto acusado, confirmado por auto del 29 de abril del mismo año.

COPIESE Y NOTIFIQUESE COMO SE ORDENO.

Aprobado en la Sala el dos (2) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora (Ausente), *Diego Younes Moreno* (Ausente).

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PREAVISO/CONTRATO A TERMINO FIJO/CONTRATO A TERMINO FIJO–Prórroga

El preaviso está contemplado en forma general en el artículo 3o.-1 de la Ley 50 de 1990 y allí no se hace distinción en cuanto a la duración del contrato. Ha de entenderse, pues, que el preaviso debe darse, en todos los contratos de duración fija, 30 días antes "de la fecha de vencimiento del término estipulado". Se excluyen únicamente de esta exigencia los contratos celebrados a 30 días o menos, pero no los pactados entre 30 días y un año, ni los de más de un año. El numeral 1o. del artículo 3o. de la Ley 50 establece como norma general el preaviso; y el numeral 2 se refiere a las posibles prórrogas que puede sufrir un contrato de duración inferior a un año, prórrogas que por tres veces pueden ser iguales o inferiores al término pactado inicialmente y después no inferiores a un año. En manera alguna este numeral 2 exonera de preaviso para su finalización a estos contratos.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 5909. Decretos del Gobierno. Actor: Pedro Charria Angulo.

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A. y actuando en su propio nombre, el doctor Pedro Charria Angulo pide al Consejo de Estado anular los artículos 1o. y 2o. del Decreto 1127 (abril 29) de 1991, reglamentario de los artículos 3 y 21 de la ley 50 de 1990, en cuanto establecen:

"Artículo 1o. Los contratos de trabajo cuya duración sea igual o inferior a 30 días no requieren preaviso alguno para su terminación..", y

"Artículo 2o. Los contratos de trabajo cuya duración fuere superior a treinta (30) días e inferior a un (1) año se entenderán renovados por un término igual al inicialmente pactado, si antes de la fecha del vencimiento ninguna de las partes avisare por escrito a la otra la determinación de no prorrogarlo, con una antelación no inferior a treinta (30) días...".

En los HECHOS de la demanda el actor dice que "Al expedir el mencionado Decreto, en la parte que es objeto de esta demanda, el ejecutivo incurrió en violación de disposiciones de superior jerarquía, excediendo la potestad reglamentaria por lo cual lo preceptuado en las normas que son objeto de acusación, debe ser anulado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo"(fl.3).

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Como normas violadas con las disposiciones acusadas la demanda cita los artículos 120 ordinal 3o. y 55 de la Constitución Nacional (anterior) "... y 3o. de la Ley 50 de 1990, que modificó el artículo 4o. del Decreto 2351 de 1965, el cual a su vez había modificado el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo"(fl.3).

El concepto de violación se hace consistir en que se excedió la potestad reglamentaria al haber establecido distinciones y requisitos no contemplados en la ley reglamentada para la terminación del contrato.

Argumenta el libelista que el artículo 3o. de la Ley 50 de 1990 distingue claramente el régimen de las prórrogas de los contratos a término fijo de un año o superior y el de los celebrados con duración inferior a un año. Que para el primer evento se establece la necesidad de dar un preaviso de 30 días para su terminación y por el contrario, para la segunda situación solamente se contempló la posibilidad de prorrogarlos a voluntad de las partes hasta por tres períodos iguales o inferiores al inicialmente pactado y después el término de renovación no podrá ser inferior a un año.

Es decir, que para este caso la ley no estableció preaviso para la finalización. Agrega el demandante que la distinción entre contratos con duración igual o inferior a 30 días y superior a dicho término no se encuentra en la norma de superior jerarquía, pues el artículo 3o. inciso 2o. de la Ley 50 de 1990 únicamente hace referencia a contratos a término fijo inferior a 1 año, para consagrar la posibilidad de prorrogarlos en las condiciones en él previstas, pero sin exigir ningún preaviso para su finalización.

EL CONCEPTO FISCAL

La Doctora Fiscal Novena de la Corporación estima que las pretensiones de la demanda deben denegarse. Opina que en los contratos a término menor de 30 días es

físicamente imposible avisar de su terminación con antelación de ese mismo lapso, es decir de 30 días. En cuanto al numeral 2 del artículo 3o. de la Ley 50 de 1990 afirma que allí no se fijan normas sobre preaviso sino sobre duración y prórroga de los contratos y advierte que de él se infiere que lo que el legislador quiso fue establecer reglas para que la duración y prórrogas automáticas de los contratos de término inferior a 1 año no excedan de los 3 años.

Se decide, previas estas

CONSIDERACIONES

El asunto se contrae a establecer si se ajustan a derecho los apartes ya transcritos de los artículos 1o. y 2o. del Decreto 1127 de 1991, expedido por el Presidente de la República y su Ministro de Trabajo y Seguridad Social o si, por el contrario, son ilegales por haber excedido la potestad reglamentaria en ejercicio de la cual se expidió el mencionado estatuto.

Como es sabido, la finalidad del reglamento es hacer más fácil y expedita la cumplida ejecución de la ley reglamentada, pero no puede ir mas allá de los preceptos contenidos en el dictado legal, porque ello implicaría desbordamiento de la potestad reglamentaria.

El siguiente es el texto del artículo 3o. de la Ley 50 de 1990 que la demanda considera vulnerado:

"El artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 4o. del Decreto Ley 2351 de 1965, quedará así:

Artículo 46. **Contrato a Término Fijo.**

El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres (3) años, pero es renovable indefinidamente.

1. Si antes de la fecha de vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.

2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año y así sucesivamente.

Parágrafo. En los contratos a término fijo inferior a un año, los trabajadores tendrán derecho al pago de vacaciones y prima de servicios en proporción al tiempo laborado cualquiera que éste sea".

Según la demanda, las disposiciones acusadas serían nulas, porque consagraron diferencia entre contratos de duración igual o inferior a 30 días y contratos de duración mayor a ese lapso, cuando la ley reglamentada se refiere únicamente a contratos de término menor o mayor de un (1) año; y porque estableció el artículo 2o. un preaviso para los de duración mayor de treinta días y menor de un año, el cual no está contemplado en la ley.

A1 respecto la Sala observa lo siguiente:

El artículo 1o. del Decreto 1127 de 1991 en la parte que se acusa, se limita a decir que los contratos de trabajo cuya duración sea igual o inferior a 30 días no requieren preaviso, para su terminación.

Como se dijo en el auto de suspensión provisional y como lo reconoce el propio demandante (fl.5) es físicamente imposible que respecto de un contrato pactado a 30 días o menos pueda exigirse preaviso de 30 días para su terminación.

La norma que así lo expresa no es entonces ilegal, sino a lo sumo inútil en cuanto se limita a recoger un principio derivado de la naturaleza de las cosas : que la terminación de un contrato celebrado verbigracia, por 30, 25 ó 20 días **no puede** quedar sometida a un preaviso imposible.

Ahora bien. Con respecto a la segunda norma parcialmente demandada –o sea el artículo 2o. del Decreto 1127 de 1991– dice el actor que sería nula por haber consagrado "... la obligación de dar un preaviso de un (1) mes para su terminación, cuando el plazo pactado sea superior a treinta (30) días e inferior a un (1) año, introduciendo así un requisito no previsto en la disposición reglamentada". Agrega que el artículo 3o. inciso 2 de la Ley 50 de 1990 "únicamente hace referencia a contratos a término fijo inferior a un (1) año, para consagrar la posibilidad de prorrogarlos en las condiciones allí previstas, **pero sin exigir ningún preaviso para su finalización".** (fl.5-6) (destacados fuera de texto).

No lo cree así la Sala.

En primer lugar, el preaviso está contemplado **en forma general** en el artículo 3o.-1 de la Ley 50 y allí no se hace distinción en cuanto a la duración del contrato. Ha de entenderse, pues, que el preaviso debe darse, en todos los contratos de duración fija, 30 días antes "de la fecha de vencimiento del término estipulado". Se excluyen únicamente de esta exigencia los contratos celebrados a 30 días o menos, pero no los pactados entre 30 días y un año, ni los de más de un año.

Tampoco se establecen en la segunda disposición acusada **categorías** de con-t:ratos de acuerdo a su duración y que no estén contemplados en la ley reglamentada.

Esa norma –que en sentir de la Sala puede también ser superflua– se contrae a determinar que para efectos de **no prórroga,** en aquellos contratos pactados a menos de un año –pero, naturalmente, a más de 30 días–, el aviso de darlo por terminado debe producirse 30 días antes del vencimiento. Esa previsión pertenece a la ley y por tanto el decreto acusado parcialmente no desbordó la potestad reglamentaria.

Como lo expresa la Fiscalía, el numeral 1 del artículo 3o. de la Ley 50 establece como norma general el preaviso; y el numeral 2 se ref iere a las posibles prórrogas que puede sufrir un contrato de duración inferior a un año, prórrogas que por tres veces pueden ser iguales o inferiores al término pactado inicialmente y después no inferiores a un año.

En manera alguna este numeral 2 exonera de preaviso para su finalización a estos contratos.

Entendida así la norma reglamentada, no se observa su violación ni exceso ninguno en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

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.

COPÍESE, NOTIFIQUESE Y EN FIRME ESTE PROVEIDO ARCHIVESE EL EXPEDIENTE. CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el dos (2) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora* (ausente), *Diego Younes Moreno* (ausente).

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE/CONCURSO–Convocatoria/**CONCURSO**–Excepción/ **ZONA DEPRIMIDA/LISTA DE ELEGIBLES/CONCURSO ESPECIAL/ CONCURSO OBLIGATORIO/INCREMENTO SALARIAL**–Improcedencia/ **SISTEMA EDUCATIVO NACIONAL**

La excepción consagrada en el Decreto 1691 de 1987 se refiere al concurso para proveer vacantes de que trata el Decreto 1498 de 1986, no al concurso especial a que hace mención el mismo artículo, destinado a regular la situación salarial de los docentes a que se refiere el parágrafo del artículo 17 del Decreto-Ley 111 de 1986. Y ello es así, porque si bien es cierto que la norma citada al referirse al Decreto 198 de 1986, no hizo expresamente distinción entre el concurso general y el especial que el mismo menciona, sí expresó claramente, como indicativo rector para su aplicación, que la excepción se refiere al nombramiento de los docentes en los planteles educativos oficiales ubicados en las zonas de rehabilitación social, agregando que sin embargo, cuando exista lista de elegibles "para estos nombramientos" se proferirá a éstos. La excepción se explica como una norma de emergencia necesaria para lograr el reclutamiento de docentes que acepten laborar en zonas deprimidas por situaciones de orden público, que no se facilitaba a través del concurso obligatorio requerido para ingresar al servicio del sistema educativo nacional.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 6278. Autoridades Nacionales. Apelación Sentencia. Actor: Jorge Eliécer Merchán Ortega.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander del 30 de septiembre de 1991.

ANTECEDENTES

1.– El actor, JORGE ELIECER MERCHAN ORTEGA, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad del acto administrativo *ficto* derivado del silencio del Gobernador del Departamento de Santander frente a la petición que formuló para el reconocimiento y pago del porcentaje equivalente al 20% sobre la asignación mensual determinada para su grado en el escalafón docente. Como restablecimiento del derecho solicitó se condenara a la Nación - Ministerio de Educación Nacional a pagar el mayor valor dejado de percibir sobre la asignación mensual a partir del 30 de septiembre de 1985 y se continúe cancelando en forma oportuna el porcentaje legal del 20% señalado por la ley para el cargo de Coordinador Académico.

2.– Aduce el actor que por el hecho de estar desempeñando el cargo de Coordinador Académico en el Colegio Integrado "El Centro", del municipio de Barrancabermeja, tiene derecho a devengar, además del sueldo previsto en el escalafón, el porcentaje del 20% sobre la asignación mensual, sin necesidad de presentar concurso, del cual se encuentra eximido, por estar ubicado el plantel donde labora dentro de la zona comprendida por el Plan Nacional de Rehabilitación.

3.– El Tribunal Administrativo de Santander despachó favorablemente las pretensiones de la demanda. Estimó que como el actor labora en un área de cobertura del Plan Nacional de Rehabilitación y desempeña el cargo de Coordinador Académico tiene derecho a devengar el porcentaje del 20% sobre el sueldo que le corresponda según la categoría en el escalafón, desde el 1o. de enero de 1986, fecha en que empezó a regir el Decreto111, sin necesidad de presentar el concurso de que trata el Decreto 1498 de 1986, por encontrarse eximido en virtud del Decreto 1691 de 1987. En su fallo además, declaró como no probadas las excepciones propuestas por la demandada, por cuanto no se expresaron las razones y hechos para fundamentarlas.

SUSTENTACION DE LA APELACION

La parte demandada interpuso recurso de apelación, censurando el fallo sólo en cuanto a la interpretación que hace el *a-quo* del Decreto 1691 de 1987. Alega que la excepción que contempla dicha norma sólo cobija a las personas que se iban a vincular después de que entrara en vigencia el decreto en cita y no a los docentes que se encontraban vinculados a la administración, como el actor que tomó posesión del cargo el 9 de octubre de 1985; que por ello el accionante estaba obligado, si pretendía devengar el porcentaje del 20%, a concursar y cumplir con los requisitos señalados en

el artículo 3o. de la Resolución 7350 de 1986, por tratarse además de un concurso especial, toda vez que la excepción del decreto 1691 de 1987 se refiere al concurso general y no al especial de que trata el inciso segundo del artículo segundo del Decreto número 1498 de 1986.

CONCEPTO DEL FISCAL ANTE ESTA INSTANCIA

El Procurador Cuarto delegado ante esta Corporación solicita que se confirme en todas sus partes la sentencia recurrida. Manifiesta el señor Fiscal que el Decreto 1691 de 1987 estableció una excepción al Decreto 1498 de 1986 respecto de los concursos, eximiendo de los mismos a quienes sirven en zonas vinculadas al Plan Nacional de Rehabilitación, lo cual le permite al actor devengar el porcentaje del 20% sobre la asignación que le corresponde según el escalafón. Considera que la excepción que trae el decreto citado es lógica si se tiene en cuenta la "estrategia nacional contra la violencia", que ha diseñado el Gobierno Nacional y que a través de políticas como la del Plan Nacional de Rehabilitación se busca integrar al conjunto del desarrollo del país ciertos territorios del mismo, y de ahí que ese incentivo del 20%, atiende a claros fines sociales.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Como el problema se centra en determinar si el actor, en razón del cargo que desempeña, de la fecha de vinculación al mismo y del lugar de ubicación del plantel al que presta sus servicios, tiene derecho a devengar el porcentaje del 20% consagrado en el Decreto 111 de 1986, sin necesidad de haber aprobado el concurso de que trata el Decreto 1498 de 1986, es preciso analizar estas normas frente al Decreto 1691 de 1987, y establecer si la excepción que éste consagra le confiere el derecho que reclama.

Rezan dichas disposiciones en lo pertinente:

"Decreto 111 de 1986

Artículo 17. A partir del 1o. de enero de 1986, la remuneración mensual para quienes desempeñen los cargos docentes, que más adelante se enumeran, se determinará en la siguiente forma:

1.– La asignación básica, según el grado que tengan en el Escalafón Nacional Docente, conforme a lo señalado en el artículo primero de este decreto y

2.– Los porcentajes, liquidados sobre la asignación básica recibida a 31 de diciembre de 1985 conforme a lo dispuesto en el artículo 1o. del Decreto-Ley 134 del mismo año, así: ... d) ... Coordinadores Académicos o de disciplina de los

establecimientos que, además de educación básica secundaria completa tengan media vocacional completa, el 20%...

PARAGRAFO. Los funcionarios vinculados a partir de la vigencia del Decreto-Ley 134 de 1985 a los empleos que se refiere este artículo y los que en adelante se vinculen a dichos cargos, tendrán derecho al porcentaje que les corresponda conforme a lo establecido en el presente artículo, siempre y cuando aprueben el concurso y llenen los requisitos para el ejercicio de los empleos, de acuerdo con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, excepto los contemplados en el literal h) de este artículo cuyo sueldo será el del grado que acrediten en el Escalafón Nacional Docente y de acuerdo con lo señalado en el artículo 1o. de este decreto...".

"Decreto 1498 de 1986

Artículo 2o. A partir del 15 de junio del presente año, será obligatorio que la autoridad nominadora, a través del Centro Experimental Piloto respectivo, convoque a concurso y separadamente para cada uno de los niveles educativos, a educadores escalafonados o con título docente, con el objeto de proveer las vacantes que se presenten en los cargos docentes y directivos docentes..." El Ministerio de Educación Nacional ... organizará un concurso especial para regular la situación de los funcionarios docentes vinculados después de la expedición del Decreto-Ley 134 de 1985, y a los cuales se refiere el parágrafo del artículo 17 del Decreto-Ley 111 de 1986...".

"Decreto 1691 de 1987

Artículo 1o. Exceptuar de la exigencia del concurso establecido por el Decreto 1498 de 1986, el nombramiento de los docentes en los planteles educativos oficiales ubicados en las poblaciones o zonas determinadas por el Conpes dentro del Plan Nacional de Rehabilitación.

Sin embargo, cuando exista lista de elegibles se preferirá para estos nombramientos a los docentes incluidos en los listados, siempre que acepten ser designados en los términos señalados en el artículo 1o. de la Resolución 18744...".

Del estudio de las normas transcritas, encuentra la Sala que no hay duda que la excepción consagrada en el Decreto 1691 de 1987 se refiere al concurso para proveer vacantes de que trata el Decreto 1498 de 1986, no al concurso especial a que hace mención el mismo artículo, destinado a regular la situación salarial de los docentes a que se refiere el parágrafo del artículo 17 del Decreto-Ley 111 de 1986. Y ello es así, porque si bien es cierto que la norma citada al referirse al Decreto 1498 de 1986, no hizo expresamente distinción entre el concurso general y el especial que el mismo menciona,

sí expresó claramente, como indicativo rector para su aplicación, que la excepción se refiere al **nombramiento** de los docentes en los planteles educativos oficiales ubicados en las zonas de rehabilitación social, agregando que, sin embargo, cuando exista lista de elegibles "para estos nombramientos" se preferirá a éstos.

La excepción se explica, como una norma de emergencia necesaria para lograr el reclutamiento de docentes que acepten laborar en zonas deprimidas por situaciones de orden público, que no se facilitaba a través del concurso obligatorio requerido para ingresar al servicio del sistema educativo nacional.

En el caso *sub-júdice* el actor tomó posesión del cargo el 9 de octubre de 1985 como aparece en el acta visible a folio 3 del expediente, después de expedido el Decreto 134 de 1985, por lo cual para hacerse acreedor al porcentaje del 20% sobre el sueldo que le correspondía según la categoría que acredite en el escalafón, ha debido presentarse al concurso exigido por el parágrafo del artículo 17 del Decreto 111 de 1986, del cual no quedó eximido por la norma de excepción contenida en el Decreto 1691 de 1987 como ya se dijo.

No habiendo concursado para ello, es claro que no tiene derecho al incremento salarial pretendido.

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 el numeral 1o. de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, de septiembre treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991), en el proceso incoado por el Señor JORGE ELIECER MERCHAN ORTEGA.

REVOCASE en lo demás.

DECLARASE la ocurrencia del silencio administrativo impetrado.

NIEGANSE las demás pretensiones de la Demanda.

Reconócese personería al doctor PEDRO FRANCISCO RAMIREZ como apoderado de la NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, de acuerdo con el poder que obra a folio 117 del expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y UNA VEZ EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna (ausente), *Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACTO GENERAL–Publicación/**PUBLICACION**–Eficacia/**PROMULGACION DE LA LEY/SUPRESION DE EMPLEOS/NORMA GENERAL**–Aplicación/ **SECRETARIA DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS**–Reestructuración/ **ACTO DE EJECUCION**–Validez/**UNIDAD DE SERVICIOS DE SALUD**

La falta de publicación de un acto general no es causal que lo vicie de nulidad. La publicación no constituye un requisito de validez del acto administrativo, es solamente condición para que pueda ser oponible a los particulares, es decir, de obligatoriedad. Se trata en consecuencia, de un problema de eficacia de la norma, no de validez; es un aspecto extrínseco del acto y posterior al mismo. Por otra parte, también se ha ocupado la jurisprudencia de la posibilidad de aplicar una norma de carácter general antes de su promulgación, cuando quiera que no indice en las libertades de los administrados y se encamina a establecer mecanismos de gobierno. Carece por tanto de fundamento el cargo de nulidad dirigido por la parte actora contra el Decreto 0925 de 1991 que determinó la planta de personal de la entidad por haber sido expedido antes de que se publicara el decreto de reestructuración de la misma, Decreto 0707 de 1991, toda vez que si bien éste debía ser publicada, por corresponder a una normativa interna de la administración y no contener afectación alguna a la libertad de los administrados, podía aplicarse aún antes de efectuarse su promulgación sin que ello afecte la validez de los actos de ejecución. Aun sin la publicación el decreto era oponible a la actora, pues le fue dado a conocer a través de comunicación personal que era el medio pertinente, toda vez que aun cuando se trata de un acto de contenido general no puede desconocerse que produjo la afectación de una situación jurídica individual y concreta de quien ocupaba el cargo y por ello se le debía informar personalmente dándole oportunidad así de controvertir el acto ante la jurisdicción.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 7852. Autoridades Departamentales. Apelación Sentencia. Actor: Stella Cifuentes de Angel.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la Sentencia No. 090 de noviembre trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el proceso promovido por Stella Cifuentes de Angel, contra el Departamento del Valle del Cauca, la cual negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La accionante, a través de apoderada especial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que hiciera las siguientes declaraciones:

"1. Que se declare la nulidad de los actos administartivos contenidos en el Decreto No. 0925 expedido por el señor Gobernador del Valle del Cauca el 28 de junio de 1991 "Por el cual se fija la planta de cargos de la Secretaría de Servicios Administrativos" y en la comunicación suscrita por el Jefe de Unidad de Recursos Humanos el día dos (2) de julio de 1991 y dirigida a mi representada donde se le informa que por Decreto "No. 0925 de junio 29 de 1991" (sic), se fijó la planta de cargos de la Secretaría de Servicios Administrativos, no siendo incluido el cargo que ella venía desempeñando como BACTERIOLOGA y agradeciéndole sus servicios prestados.

"2. Que se ordene en favor de mi poderdante el RESTABLECIMIENTO de su derecho a REINTEGRARSE al servicio público departamental en el mismo cargo o en otro de igual o superior categoría y al pago de todas las suma de dinero que le hubieren correspondido por concepto de sueldos, primas, prestaciones sociales de toda índole y demás emolumentos o retribuciones legales y extralegales, desde la fecha de su retiro hasta la de su reintegro.

"3. Que se ordene a la entidad demandada tener en cuenta el tiempo que mi poderdante permanezca fuera del servicio público departamental como si nunca hubiere estado en tal situación para efectos de la liquidación de prestaciones sociales y demás retribuciones en dinero que le corresponden.

"4. Que se ordene a la entidad demandada para que sobre las sumas a que resulte condenada según la pretensión anterior, se practiquen los ajustes de valores

conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, tal como lo autoriza el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

"5. Que se ordene a la entidad demandada la ejecución y cumplimiento de la sentencia que ponga fin a este proceso, dentro del término señalado en el Artículo 176 del Código Contencioso Administrativo".

2. El Tribunal en el fallo objeto de la apelación, se abstuvo de acceder a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En uso de facultades extraordinarias conferidas por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, mediante Ordenanza No. 016 de 1990, el Gobernador de dicho Departamento expidió el Decreto No. 0707 de 1991, "Por el cual se reestructura y reorganiza la Secretaría de Servicios Administrativos del Departamento".

Pero, el Decreto 0925 de 1991, que es demandado por la actora, podía ser expedido independientemente de que estuviera rigiendo el Decreto 707 citado, por cuanto el Gobernador tenía plenas facultades para expedir la planta de cargos de las diferentes dependencias del Departamento; competencia exclusiva que le asigna la Constitución Política y el Decreto 1222 de 1986. En consecuencia, dicho decreto no hacía parte de las facultades extraordinarias conferidas por la Asamblea.

Consta que el mencionado decreto acusado no fue publicado, como lo ordena el Art. 330 del Código de Régimen Departamental (Decreto Ley 1222 de 1986), pero dicha irregularidad no alcanza a viciar su contenido para que sea declarado nulo; afecta su eficiencia, pero no su validez.

La actora le confiere la calidad de acto de retiro a la comunicación que obra a folio 5 del expediente y la acusa de nulidad por falta de publicación de los Decretos 707 y 925 de 1991 que le sirven de motivación. Sin embargo, dicho oficio no dispuso el retiro de la demandante, sino que éste se produjo indirectamente, mediante Decreto 927 de 1991 que reincorporó a la nueva planta de la Secretaría de Servicios Administrativos a un personal de la misma.

Según el *a-quo,* al parecer el retiro de la actora se produjo por la supresión del cargo mediante los actos de reestructuración. Pero esta situación no se analizó porque no se integró el conjunto de actos demandables con el acto de reincorporación, lo que hubiera permitido establecer si en efecto el cargo que ocupaba la actora fue suprimido.

3. La demandante fundamenta su inconformidad con el anterior fallo, en los siguientes términos:

El *a-quo* incurrió en error de juzgamiento al interpretar erróneamente las normas y las pruebas. El Decreto 0707 cuestionado es la norma genérica y marco que contenía

la modificación de la estructura orgánica de la Secretaría de Servicios Administrativos. Pero este decreto no fue publicado y es por ende inexistente. Sin embargo, sirvió de base para expedir las subsiguientes normas, las cuales son igualmente inexistentes.

La administración en consecuencia, violó la Ley 5a. de 1985 y el Decreto Departamental 0118 de 1991, que dispone la publicación de los actos gubernamentales y administrativos generales, para que produzcan efectos jurídicos.

Si bien la función de fijar la planta de cargos, suprimir o fusionar empleos, está conferida por la Constitución a los gobernadores, no es menos cierto, en este caso específico, que dicha atribución está condicionada a la norma de la Asamblea. De allí que el único fundamento que invocó el gobernador para expedir el Decreto 925 de 1991, fue precisamente el Decreto 0707 del mismo año.

4. La parte demandada en su escrito de alegatos manifiesta que la actora ha modificado su argumentación jurídica, por cuanto en la sustentación del recurso pretende abarcar también al Decreto 0707 de 1991.

Además, el Decreto 0925 podía ser expedido en forma independiente, en uso de facultades legales y constitucionales del Gobernador.

Como algunos cargos no fueron incluidos en el citado decreto, entre ellos el de la actora, se procedió a comunicar a los afectados, y no perjudicar a la administración manteniendo vigentes unos nombramientos que carecían ya de funciones (Art. 122 C.N.).

Surtido el trámite legal, sin observarse causal de nulidad procesal, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. En el caso *sub-exámine* se ha logrado establecer:

a) La actora estuvo vinculada a la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca, en el cargo de Bacterióloga de la Unidad de Salud del Servicio Médico de los empleados del Departamento "SEMEDE" (fls. 2 a 59, cdno. 3), dependencia adscrita a la Secretaría de Servicios Administrativos (fl. 20, cdno. ppal.).

b) Mediante comunicación de julio 2 de 1991, la recurrente fue informada por la entidad nominadora que su cargo no se incluyó en la nueva planta de cargos de la Secretaría de Servicios Administrativos, según lo dispuso el Decreto 0925 de 1991 (fl. 5, cdno. ppal.).

c) Mediante Ordenanza No. 16 de 1990, la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, revistió al gobernador del citado departamento, de facultades para reestruc-

turar y organizar la Secretaría de Servicios Administrativos, en ejercicio de ellas, podía crear, organizar, suprimir y reestructurar dependencias de esa Secretaría (fl. 9, cdno. ppal.).

d) Por Decreto 0707 de marzo 30 de 1991, el Gobernador del Valle, dispuso la reestructuración y reorganización de la ya mencionada Secretaría. En el Art. 25, se regula sobre la Unidad de Servicios de Salud, y se establece que dicho servicio podrá prestarse en forma directa o mediante contrato. Y agrega: "En este último evento, la planta de cargos será únicamente la necesaria para desarrollar la vigilancia y coordinación del servicio médico que se contrate" (fl. 33, cdno. 2).

e) Por Decreto 0925 de 1991, que es el acto acusado, el Gobernador del Valle fijó la planta de cargos de la nómina de la Secretaría de Servicios Administrativos, y en la Unidad de Servicios de Salud, no aparece el cargo de "Bacteriólogo" (fl. 67, cdno. ppal.).

f) Por Decreto 927 de 1991, el citado gobernador incorporó el personal a la nueva planta de cargos de la Secretaría de Servicios Administrativos, incluida la Unidad de Servicios de Salud (fl. 114, cdno. ppal.).

2. Los cargos de la demanda se refieren a que cuando se expidió el decreto acusado, el Decreto 0707 de 1991 (norma de carácter general en que se fundamentó) no se encontraba publicado y a que de igual manera, cuando la actora recibió la comunicación en donde se le informaba la supresión del cargo, tampoco había sido publicado el decreto demandado que así lo dispuso.

En relación con el primero, debe señalar la Sala que ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corporación respecto a que la falta de publicación de un acto general no es causal que lo vicie de nulidad. La publicación no constituye un requisito de validez del acto administrativo, es solamente condición para que pueda ser oponible a los particulares, es decir, de obligatoriedad. Se trata en consecuencia, de un problema de eficacia de la norma, no de validez; es un aspecto extrínseco al acto y posterior al mismo.

Por otra parte, también se ha ocupado la jurisprudencia de la posibilidad de aplicar una norma de carácter general antes de su promulgación, cuando quiera que no incide en las libertades de los administrados y se encamina a establecer mecanismos de gobierno.

Así se pronunció la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de 21 de septiembre de 1971:

> "Sin embargo, reconociendo el principio de que la ley no obliga sino en virtud de su promulgación, el Consejo de Estado ha sostenido, en varias ocasiones, que

este principio puede tener excepciones. Entre éstas se admite que ciertas leyes que no imponen obligaciones o restricciones a los gobernados y que se encaminan de preferencia a poner en movimiento los mecanismos del Gobierno para que cumplan con sus deberes puedan aplicarse antes de ser publicadas, siempre que los funcionarios que deban ejecutarlas las conozcan por cualquier medio idóneo y solo en cuanto a su aplicación no incida en modo alguno en el ejercicio de las libertades de los gobernados. Por otra parte, esta excepción, no implica que la promulgación sea innecesaria, solamente significa que la ley puede aplicarse, con la condición expresada, antes de su promulgación y siempre que haya sido sancionada".

Más recientemente esta Corporación expresó:

"El acto administrativo no publicado, general o particular, hay que mirarlo en sus relaciones con la propia Administración y con los particulares, por el primer aspecto, el acto no publicado es oponible a la propia administración, surte efectos respecto de ella, ya que lo conoce por haber sido quien le dio origen o nacimiento.

"Por el segundo aspecto, hay que distinguir si el acto administrativo concede un derecho o impone una obligación al particular, éste puede reclamarlo de la administración, aunque el acto no haya sido publicado. Si, por el contrario, el acto impone una obligación, ésta no puede exigirse hasta tanto no sea publicado, aunque se haya dicho en el propio acto que podía serlo desde antes (por ejemplo: Expedición).

La razón de ser filosófica de esta solución resulta de que cuando en el Estado de Derecho, se parte del supuesto de que el individuo goza, en principio, de una libertad ilimitada, y sus restricciones no pueden operar sin que los (sic) conozcan los afectados". (Sent. mayo 30 de 1988, Sección Cuarta, M.P. Dr. Hernán Guillermo Aldana Duque, Exp. 1125. Actor: Iván Gómez García).

Carece por tanto de fundamento el cargo de nulidad dirigido por la parte actora contra el Decreto 0925 de 1991 que determinó la planta de personal de la entidad por haber sido expedido antes de que se publicara el decreto de reestructuración de la misma, Decreto 0707 de 1991, toda vez que si bien éste debía ser publicado, por corresponder a una normativa interna de la administración y no contener afectación alguna a la libertad de los administrados, podía aplicarse aún antes de efectuarse su promulgación sin que ello afecte la validez de los actos de ejecución.

Y en cuanto al cargo de haberse emitido la comunicación a la actora antes de que el decreto que ordenó la supresión de su cargo hubiere sido publicado, debe señalar la Sala que aun sin la publicación el decreto era oponible a la actora, pues le fue dado a conocer a través de comunicación personal que era el medio pertinente, toda vez que aun cuando se trata de un acto de contenido general no puede desconocerse que

produjo la afectación de una situación jurídica individual y concreta de quien ocupaba el cargo y por ello se le debía informar personalmente dándole oportunidad así de controvertir el acto ante la jurisdicción.

No puede aceptarse entonces el argumento de la demanda de la inoponibilidad del decreto de supresión de cargos respecto a la actora y menos el de nulidad de la comunicación.

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 noviembre trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el proceso promovido por STELLA CIFUENTES DE ANGEL, contra el Departamento del Valle del Cauca, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz* (ausente), *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna* (ausente), *Carlos A. Orjuela G., Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

JURISDICCION ORDINARIA/COMPETENCIA/CONTROVERSIAS SEGURO SOCIAL/APORTES AL ISS/MULTA/OBLIGACION PRINCIPAL/OBLIGACION ACCESORIA

Entre Palmeras S.A. y el ISS existe una contención relacionada con el régimen del seguro social, cuya solución no está atribuida a esta Jurisdicción, puesto que se trata de "una controversia sobre el seguro social", que conforme a lo dispuesto en el artículo 2o. del C. de P. C. ella está atribuida a la jurisdicción ordinaria laboral. Se concluye que esta jurisdicción carece de competencia para pronunciarse en el fondo de las súplicas de la demanda relacionadas con los aportes e intereses. La multa es derivado de la controversia principal, y en esas condiciones mal podría en el presente caso, estar atribuida la citada controversia a una jurisdicción, y la meramente secundaria o accesoria a otra, con el peligro de que eventualmente se pudiere llegar a proferir decisiones contradictorias, como si se declarara que no existe la obligación principal o que sí existió, se extinguió en legal forma. Igualmente, pueden presentarse alternativas diferentes en materia de caducidad. Por consiguiente, como lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal, como lo indican las voces latinas *"Accessio Cedit Principali", "plus in accesione non potest esse quam in principali"*, esta controversia no puede ser resuelta por esta jurisdicción ya que ella le está atribuida a la justicia ordinaria laboral conforme lo preceptúa el artículo 2o. del C. de P. L., la Ley 90 de 1946 y el Decreto 721 de 1949, y por lo tanto se impone un fallo inhibitorio, debiéndose revocar la providencia apelada.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 6432. Autoridades Nacionales. Actor: Sociedad Palmeras de la Costa S.A.

PALMERAS DE LA COSTA S.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca del Magdalena declarara **la nulidad** de la **resolución No. 001 del 23 de mayo de 1989,** proferida por la **Dirección Seccional del Instituto de Seguros Sociales**del Magdalena y mediante la cual declaró que la parte demandante**adeudaba al Instituto la suma de $7.366.580.oo** por concepto de aportes patrono-laborales, más los valores que posteriormente se causaran e intereses del 2.5% mensual y una multa equivalente al 2% del valor de los aportes debidos.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo mediante fallo declaró la nulidad parcial del acto acusado, en cuanto declara en mora aportes causados con posterioridad al 8 de noviembre de 1988, fecha de la desafiliación de los trabajadores a la empresa.

EL RECURSO

Las partes interpusieron el recurso de apelación, por estimar la parte demandante que la nulidad del acto debía ser total y no parcial, y por consiguiente se debía ordenar la devolución total de todo aquello pagado indebidamente. El Instituto de los Seguros Sociales, argumenta principalmente que el actor no agotó la vía gubernativa, y por lo tanto no están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda.

Señala que el acto administrativo acusado fue debidamente notificado y no puede expresarse que su notificación fuera irregular.

El Ministerio Público, no rindió concepto ante esta Corporación.

CONSIDERACIONES:

No obstante que el suscrito Consejero había sostenido que los actos administrativos del ISS podían ser de conocimiento de la jurisdicción administrativa, pero como esta tesis ha sido derrotada en la Sala de la Sección Segunda, respetuoso de ese derrotero, acogeré la tesis mayoritaria de la Sala.

1) Sobre el contenido del acto acusado y su notificación por edicto, conviene transcribir la parte pertinente de ellos, a saber:

"Resolución No. 01 de 1989:

ARTICULO SEGUNDO: Imponer al patrono **una multa** equivalente al **2%** del valor de los aportes impagados como sanción por incumplimiento en el pago oportuno de los aportes patrono-laborales.

ARTICULO SEGUNDO. El valor de la deuda **debe** pagarse dentro de los cinco días siguientes a la fecha de notificación de esta resolución, **so pena** de hacerla efectiva jurídicamente.

Edicto:

La Oficina Jurídica del Instituto de los Seguros Sociales Seccional del Magdalena,

HACE SABER:

"(...)"

Artículo Segundo: Imponer al patrono **una multa** equivalente al **10%** del valor de los aportes impagados como sanción por incumplimiento en el pago oportuno de los aportes patrono-laborales.

Artículo Cuarto: El valor de la deuda debe pagarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de notificación de esta Resolución, so pena de hacerla efectiva judicialmente.

Contra la presente **Resolución** proceden los **recursos de reposición** ante el Jefe de la División Técnico Financiera del ISS y el de **apelación** ante la Junta Administradora del Instituto de Seguros Sociales, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de notificación personal o por edicto, previa consignación de las sumas adeudadas en la tesorería del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Magdalena".

2) Sobre el particular conviene señalar que respecto de las controversias, ejecuciones y recursos que atribuye la legislación sobre el seguro social, el Código de Procedimiento Laboral ha señalado como juez competente para dirimir los conflictos sobre esta materia, al juez ordinario laboral.

Textualmente dice el artículo 2o. de esta obra:

"**ASUNTOS DE QUE CONOCE ESTA JURISDICCION.** La jurisdicción del trabajo está instituida para decidir los conflictos jurídicos que se originan directa o indirectamente del contrato de trabajo.

También conocerá de las **controversias, ejecuciones** y recursos que le atribuye la legislación **sobre el seguro social** y de la homologación de laudos arbitrales".

En concordancia con el anterior precepto, el artículo 68 de la Ley 90 de 1946, prescribe lo siguiente:

> "Las controversias que suscite la aplicación de la presente ley entre patronos y trabajadores, o entre el Instituto o las Cajas y los patronos, asegurados o beneficiarios, por razón del seguro, serán de competencia de la justicia del trabajo...".

Igualmente el artículo 52 del Decreto 721 de 1949 prescribe lo siguiente:

> "**ARTICULO 52:** Las controversias que suscite la aplicación de las normas contenidas en el presente reglamento entre patronos y trabajadores; entre el Instituto y las cajas; entre el Instituto o las cajas por una parte, y los patronos, aseguradores o beneficiarios, por la otra, y que no versen sobre multas, serán de competencia de la justicia del trabajo, una vez agotado el procedimiento interno".

3) Examinado el libelo demandatorio se observa que entre Palmeras S.A., y el ISS existe una contención relacionada con el régimen del seguro social, cuya solución no está atribuida a esta jurisdicción, puesto que se trata de "una controversia sobre el seguro social", que conforme a lo dispuesto en el artículo 2o. del C. de P. L. ella está atribuida a la jurisdicción ordinaria laboral, según se dejó ya transcrito.

4) Por consiguiente, se concluye que esta jurisdicción carece de competencia para pronunciarse en el fondo de las súplicas de la demanda relacionadas con los aportes e intereses.

5) Como en la demanda también se acusa el acto en cuanto se refiere a la multa impuesta a la actora por la falta de pago de los aportes, en principio y de acuerdo con el artículo 33 del D.L. 1650 de 1977, esta contención se hallaría atribuida a ésta jurisdicción. Sin embargo, debe aclarar la Sala que la multa es un derivado de la controversia principal, y en esas condiciones mal podría en el presente caso, estar atribuida la citada controversia a una jurisdicción, y la meramente secundaria o accesoria a otra, con el peligro de que eventualmente se pudiere llegar a proferir decisiones contradictorias, como si se declarara que no existe la obligación principal o que si existió, se extinguió en legal forma. Igualmente, pueden presentarse alternativas diferentes en materia de caducidad.

Por consiguiente, como lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal, como lo indican las voces latinas *"Accessio cedit principali", "plus in accesione non potest esse quam in principali"*, esta controversia no puede ser resuelta por esta jurisdicción ya que ella le está atribuida a la justicia ordinaria laboral conforme lo preceptúa el artículo 2o. del C. de P. L., la Ley 90 de 1946 y el Decreto 721 de 1949, y por lo tanto se impone un fallo inhibitorio, debiéndose revocar la providencia apelada.

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

FALLA:

REVOCASE el fallo de 11 de octubre de 1991 proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena en demanda promovida por **"PALMERAS DE LA COSTA S.A.",** y en su lugar **INHIBESE** de fallar en el fondo de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE, Y UNA VEZ EJECUTORIADO DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión de nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna* (Ausente), *Carlos Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: En el mismo sentido puede consultarse la sentencia del 7 de septiembre de 1994, Exp. 4019, Actor: SERVICIOS DON VAPOR LTDA. Consejero Ponente: DR. ALVARO LECOMPTE LUNA.

IDEMA–Régimen Aplicable/**EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/ESTATUTO INTERNO**–Clasificación de Empleos/**JUNTA DIRECTIVA**–Facultades/**TRABAJADOR OFICIAL**–Derechos/**PRESTACIONES EXTRALEGALES**–Pacto/**CONTRATO DE TRABAJO/CONVENCION COLECTIVA/ENTIDADES DESCENTRALIZADAS**

El Instituto de Mercadeo Agropecuario fue organizado como Empresa Industrial y Comercial del Estado y al tenor del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 las personas a él vinculadas son trabajadores oficiales, salvo las que ocupan cargos que los estatutos hubieran señalado como de aquellos que deben ser desempeñados por empleados públicos. Con este proceder no violó ni el artículo 76 ordinal 9o. ni el 20 de la Constitución Política de 1886 puesto que no invadió la órbita de competencia del Congreso referida a empleados públicos en materia salarial y prestacional, ni obró por fuera de los límites de las atribuciones que le confieren los estatutos.

ACTO ADMINISTRATIVO–Expedición Irregular/**NULIDAD DEL ACTO**–Causales/**VIGENCIA DEL ACTO**–Condición Futura

El acto administrativo es anulable por expedición irregular cuando se ha producido a través de un procedimiento distinto del establecido; cuando se omita un trámite esencial, o cuando falte todo el procedimiento señalado en la ley para su expedición. La vigencia del acto acusado se condicionó a un evento futuro, como era la aprobación de los nuevos estatutos del IDEMA, y cuando ello ocurrió comenzó a regir. No puede afirmarse entonces que no se hubiera señalado el día en que empezaría a regir.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 5416. Autoridades Nacionales. Actor: María Elena Gutiérrez Bravo.

La ciudadana María Elena Gutiérrez Bravo, actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita al Consejo de Estado declarar la nulidad del Acuerdo No. 045-A de noviembre 29 de 1988, expedido por la Junta Directiva del Instituto de Mercadeo Agropecuario IDEMA.

HECHOS

La accionante señala como tales los siguientes:

1.– EL INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO IDEMA, es conforme a lo dispuesto en el Decreto Extraordinario 501 de 1989, una Empresa Industrial y Comercial del Estado, que se encuentra organizado y se rige con arreglo al Decreto mencionado, a los Decretos 1050 y 3130 de 1968 y a su estatuto interno aprobado por el Decreto 516 de 5 de marzo de 1990.

2.– EL IDEMA es también, un Instituto descentralizado del orden nacional, vinculado al Ministerio de Agricultura.

3.– Con excepción del Gerente General, todos los trabajadores del IDEMA son trabajadores oficiales, según se desprende del Artículo 30 del Estatuto Interno.

4.– La Convención Colectiva de Trabajo vigente excluyó de los beneficios convencionales a las personas que ocupen u ocupan los cargos de: Subgerente, Secretario General, Auditor Operativo Nacional, Jefe de Oficina Asesora, Director Regional, Jefe de División, Jefe de Sección o Unidad, Cajero, Jefe de Departamento, Director de Centro de Operación Comercial, Director de Planta de Silos, Asistente de Gerencia, Asistente de Subgerencia, Auditor de Control, Auditor Financiero, Auditor Operacional y de Sistemas, Auditor Operativo Delegado Regional, Director de Unidad Portuaria, Administrador de Mercado Mayorista, Laboratorista Comprador, Laboratorista Almacenista, en cuanto se rijan por un estatuto especial.

5.– Su Junta Directiva en desarrollo del Acuerdo Convencional, expidió el Acuerdo cuya nulidad se demanda y en el mencionado Estatuto estableció un régimen prestacional para algunos trabajadores oficiales, quienes a decir del mismo Acuerdo, no se rigen por la Convención Colectiva de Trabajo, vigente.

6.– El Acuerdo cuya nulidad se demanda, copió textualmente el régimen prestacional consagrado en la Convención Colectiva de Trabajo vigente, para la época en que fue expedido.

7.– El Acuerdo impugnado, dice que regiría a partir de la fecha en que fuera publicado en el Diario Oficial la reforma del Estatuto Interno que en esa época estaba vigente, esto es, que contiene fecha incierta o indeterminada para su vigencia. Su vigencia se condicionó al evento futuro de que se llevará a cabo y se promulgará una reforma estatutaria" (fls. 40 y 41).

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

En el libelo se indican como infringidos, los artículos 76 ordinal 9o. y el 20 de la Constitución Política de 1886.

El concepto de violación se refiere a la transgresión del artículo 76 ordinal 9o. de la Constitución Política anterior, ya que la competencia para fijar escalas salariales y régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, es exclusiva del legislador ordinario o extraordinario y por lo tanto la Junta Directiva del ente demandado no podía expedir el acto acusado, aunque en él se hubiese transcrito la Convención Colectiva de Trabajo. Concluye que existe desviación de poder dada la extralimitación de funciones de la junta directiva del IDEMA. Agrega que tal conducta violó también el artículo 20 de la Carta.

Señala que el acto acusado es anulable al no indicar la fecha de su vigencia.

Solicitada la suspensión provisional fue negada por auto del 8 de febrero de 1991.

ALEGATOS DE LAS PARTES

El señor apoderado del Instituto de Mercadeo Agropecuario al contestar la demanda y en su alegato de conclusión se opuso a las pretensiones de la actora.

Afirmó que, dada su naturaleza, el IDEMA cuenta con autonomía administrativa y por lo tanto con la posibilidad de establecer su planta de personal sin sujeción a las normas generales, ni a la aprobación del Gobierno.

Seguidamente transcribe apartes de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado acerca del poder discrecional y la autonomía de las Juntas Directivas de los Institutos descentralizados para adecuar su organización a los fines que les han sido encomendados.

Reseña un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia sobre la posibilidad de que existan diversos pactos convencionales en una misma entidad teniendo en

cuenta, entre otros factores, la labor, el rango, o la región donde se desempeñen los trabajadores, a fin de permitir la adecuación a las necesidades y modalidades de la empresa.

Propone las excepciones de inepta demanda por cuanto no se expresan en forma clara y precisa las normas violadas siendo ello una formalidad esencial para la prosperidad de la demanda; y la de inexistencia del derecho la cual fundamenta en que los estatutos de la entidad demandada han sido expedidos y aprobados conforme a la ley y gozan de presunción de legalidad.

Afirma que ha debido demandarse también el Decreto 516 de 1990, estatuto orgánico del IDEMA, pues el acto demandado se expidió con base en las facultades estatutarias conferidas a la Junta Directiva. Que no es aceptable el vicio endilgado en relación con su vigencia por cuanto es posible señalar el momento en que empieza a regir, como se permite para la ley.

Aduce que con el acuerdo impugnado no se está modificando la estructura de la entidad, clasificando empleos, alterando el sistema prestacional o variando la forma de acceso al servicio; sino, sencillamente, precisando las actividades de dirección y confianza lo cual no puede esperarse que sea hecho mediante ley.

Concluye que el acto demandado se ajustó a las facultades otorgadas a las Juntas Directivas por el artículo 26 del Decreto 1050 de 1968, fue expedido por el ente competente y sin desviación de sus atribuciones.

Manifiesta que el Acuerdo 045-A contiene capítulos que para nada tocan con el régimen prestacional de manera que con ellos se pueda considerar vulnerado el ordinal 9o. artículo 76 de la Constitución Nacional, entonces vigente, y que la actora no precisa los artículos cuya nulidad demanda, lo cual implica que no se ha individualizado el acto demandado.

En el alegato de conclusión reafirma los puntos de vista ya expresados y agrega que las convenciones colectivas no fueron aportadas con los requisitos de solemnidad exigidos, por lo cual no pueden ser tomadas como base para análisis dentro del proceso.

CONCEPTO FISCAL

El Fiscal Cuarto ante el Consejo de Estado en su concepto de fondo opina que la excepción de inepta demanda no está llamada a prosperar ya que, si bien no se mencionan artículos en particular, sí se señaló de forma genérica la incompetencia de la Junta Directiva del IDEMA para expedir el acto acusado, con lo cual se cumplió el requisito ordenado por el numeral 4o., Artículo 137 del C.C.A.

En cuanto al fondo del asunto, considera que existe competencia para la expedición del acto demandado pues las empresas como el IDEMA, pueden expedir sus estatutos de personal y distinguir cuales son los funcionarios de dirección y confianza que tienen la calidad de empleados públicos, que es realmente el contenido del Acuerdo 045-A, sin que pueda confundirse con el Estatuto Orgánico al que corresponde definir la naturaleza, objetivos, financiamiento, etc.

CONSIDERACIONES

El acto acusado es el Acuerdo 045-A de 29 de noviembre de 1988 expedido por la Junta Directiva del Instituto de Mercadeo Agropecuario.

Mediante este acto se adoptó el "Estatuto del Trabajador Oficial Directivo y de Confianza".

A los trabajadores, que el Acuerdo indica y denomina como directivos y de confianza, se dispuso no aplicarles la Convención Colectiva de Trabajo sino un régimen especial.

A este aspecto y al de la competencia para expedirlo, se circunscriben los ataques de la demanda, lo cual se analizará luego de estudiar las excepciones propuestas por la parte demandada.

La primera es la de ineptitud de la demanda por no haberse precisado las normas violadas. La Sala encuentra que la actora sí citó las normas que consideró vulneradas e hizo una fundamentación del por qué de esa violación, con lo cual dio cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 137 ordinal 4o. del C.C.A. Además el acto acusado fue perfectamente individualizado. Otra cosa es que no todas sus disposiciones tienen relación con los cargos que se formulan.

En cuanto a la segunda de las excepciones, denominada por quien la propone "inexistencia del derecho", basta decir que la accionante no pretende reclamar ningún derecho suyo; interpone la acción pública de nulidad para defender el orden jurídico, que según ella ha sido alterad con el acto que acusa.

Está entonces completamente fuera de lugar la supuesta excepción, que se sustenta en razonamientos propios para defender la legalidad del acuerdo, pero que de ninguna manera constituyen hechos que se opongan a un derecho reclamado por la accionante.

En consecuencia, las excepciones no están llamadas a prosperar, y debe estudiarse el fondo del asunto.

El acto acusado excluye de la aplicación de la convención colectiva a los trabajadores oficiales que desempeñan actividades de confianza, y de dirección y

confianza en cuanto ejercen mando, disciplina, supervisión, vigilancia y control, y establece para ellos un estatuto especial.

La demandante se limita a atacarlo por tres aspectos:

a) Porque la Junta Directiva del IDEMA no era competente para expedirlo.

b) Porque el régimen prestacional de los empleados públicos es de competencia exclusiva del Congreso o del Presidente de la República investido de facultades extraordinarias, y

c) Porque la vigencia del Acuerdo quedó sometida a un hecho incierto, y ello implica expedición irregular.

De la supuesta incompetencia hace derivar también desviación de poder.

Violación de Normas Constitucionales e Incompetencia

Dirá la Sala en primer término, que el acto acusado no establece régimen salarial ni prestacional para empleados públicos. Su mismo encabezamiento indica que regula la situación de los **trabajadores oficiales** con funciones directivas y de confianza.

El ordinal 9o. del artículo 76 de la Constitucion de 1886, invocado en la demanda, señalaba como de competencia del Congreso, determinar por medio de leyes la estructura de la Administración Nacional y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales.

Mal podía entonces el Acuerdo expedido por la Junta Directiva del IDEMA violar la norma Constitucional, puesto que no se estableció en él, régimen salarial o prestacional aplicable a los empleados públicos del orden nacional.

El Instituto de Mercadeo Agropecuario fue organizado como Empresa Industrial y Comercial del Estado y al tenor del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 las personas a él vinculadas son trabajadores oficiales, salvo las que ocupan cargos que los estatutos hubieran señalado como de aquellos que deben ser desempeñados por empleados públicos.

Según el Acuerdo 021 de 1989, aprobado por Decreto del Gobierno No. 516 de 1990, estatuto interno del IDEMA, aplicable al momento de entrar en vigencia el acto demandado, todos sus servidores ostentan la calidad de trabajadores oficiales, a excepción del Gerente.

Para los trabajadores oficiales el régimen prestacional de los empleados públicos constituye el mínimo a que tienen derecho, y por encima de él pueden pactarse

prestaciones extralegales en contratos de trabajo y convenciones colectivas o acordarse por las Juntas Directivas de las entidades **descentralizadas** si así lo autorizan sus estatutos.

El artículo 15 literal s) del Acuerdo 021 de 1989 ya citado, señala entre las funciones atribuidas a la Junta Directiva, "Fijar las escalas salariales, primas, bonificaciones voluntarias, prestaciones sociales, viáticos y gastos de representación de los trabajadores oficiales del Instituto".

La Junta Directiva del IDEMA, teniendo en cuenta que según el Acuerdo 021 de 1989 todas las personas vinculadas a la entidad, salvo el Gerente, son trabajadores oficiales, estableció para algunos de ellos, en razón de las funciones de dirección y confianza que desempeñan –pese a lo cual no los clasifica como empleados públicos– un régimen especial para sustraerlos de la aplicación de la convención colectiva suscrita por la empresa y el sindicato.

Con este proceder no violó ni el artículo 76 ordinal 9o. ni el 20 de la Constitución Política de 1886 puesto que no invadió la órbita de competencia del Congreso referida a empleados públicos en materia salarial y prestacional, ni obró por fuera de los límites de las atribuciones que le confieren los estatutos.

En consecuencia no prosperan los cargos a) y b) relacionados anteriormente.

Expedición Irregular del Acto:

El acto administrativo es anulable por expedición irregular cuando se ha producido a través de un procedimiento distinto del establecido; cuando se omita un trámite esencial, o cuando falte todo el procedimiento señalado en la ley para su expedición. La actora no señala ninguno de estos eventos; se limtia a mencionar que no se precisa en él la fecha de su vigencia.

Sin embargo, observa la Sala que el acto acusado, expedido el 28 de noviembre de 1988, en su artículo 69 sujetó su vigencia al momento en que fuera publicada en el Diario Oficial la reforma del estatuto interno, que se estaba estudiando y que se concretó en el Acuerdo 021 de 1989, aprobado por Decreto del Gobierno No. 516 de 5 de marzo de 1990.

Es decir, la vigencia del acto acusado se condicionó a un evento futuro, como era la aprobación de los nuevos estatutos del IDEMA, y cuando ello ocurrió comenzó a regir. No puede afirmarse entonces que no se hubiera señalado el día en que empezaría a regir.

Ello no constituye, a juicio de la Sala, expedición irregular que vicie de nulidad el acto. La autoridad competente para expedirlo, lo es también para indicar su vigencia.

No estando llamados a prosperar los ataques formulados contra el acto acusado, las peticones impetradas deberán denegarse.

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

FALLA:

1o. Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

2o. Niéganse las súplicas de la demanda.

Reconócese personería al Doctor Luis Antonio Téllez Rodríguez como apoderado sustituto del IDEMA, conforme al poder obrante a folio 148.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y UNA VEZ EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente (aclara Voto); *Joaquín Barreto Ruiz* (ausente), *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna* (ausente), *Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Expediente No. 5416. Autoridades Nacionales. Actor: María Gutiérrez Bravo.

Debo aclarar que voté afirmativamente la sentencia que resolvió de fondo las súplicas de la demanda, a pesar de que en otras oportunidades había sostenido en relación con actos similares acusados, que por tratarse de actos que regulan las relaciones de la empresa con sus trabajadores oficiales deben entenderse como reglamentos patronales sobre cuya legalidad debe conocer la jurisdicción ordinaria según el artículo 2o. del Código de Procedimiento Laboral, porque luego de un detenido análisis, rectifiqué mi posición, principalmente por la reflexión de que tratándose de normas generales expedidas unilateralmente por la administración, no pueden considerarse como provenientes de un contrato de trabajo, y, en segundo término, porque se convertirían en actos administartivos no susceptibles de control jurisdiccional, como quiera que la justicia laboral ordinaria sólo podría conocer de los actos administrativos particulares cuando efecten en concreto a un trabajador, pero no pueden decidir *erga omnes* sobre el acto de contenido general en cuya aplicación se dictó el acto individual.

Esta rectificación fue adoptada en sentencia de 7 de febrero de 1994, expediente 4821, actor: Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, C.P. Dra. Clara Forero de Castro, y contó con mi voto afirmativo.

Dolly Pedraza de Arenas.

CURSOS DE INGRESO A CARRERA–Requisitos/CALIFICACION DE SERVICIOS SATISFACTORIOS

No podría pensarse que tratándose de dos cursos diferentes, como lo cree la Sala, pueda tenerse como idóneo para ingresar a la carrera el adelantado por el actor, por el hecho de haberse extendido hasta el 8 de abril, pues ello supondría no solo arrogarse una facultad –la de validar los cursos– asignada al DASC, sino dar por sentado que es más idóneo un curso por el solo hecho de haberse dictado durante un mayor número de días, sin tener en cuenta aspectos tales como la intensidad diaria, su contenido, sus objetivos etc., aspectos que en realidad sirven para cualificarlo a la luz del artículo 205 del Decreto 1950 de 1973, en armonía con el 267 *ibídem*. En ningún momento el accionante invocó el artículo 267, norma que sí establece que los empleados que hayan realizado cursos de adiestramiento o perfeccionamiento que se habiliten como concursos, siempre y cuando tengan calificación de servicios satisfactoria, pueden solicitar su inscripción en el escalafón de la carrera administrativa, de acuerdo con el procedimiento en él establecido. A estos funcionarios, dice la norma en comento, el tiempo servido les será habilitado como período de prueba. No es dable aceptar que en el *sublite* tenga cabida la aplicación del artículo 217 del citado decreto, pues no se trata de que el demandante hubiese sido nombrado en período de prueba y éste se hallara vencido, lo que le permitiría, en términos de ese artículo, solicitar su inscripción en carrera; ni que haya efectuado requerimiento de escalafonamiento en carrera en consideración a la habilitación del curso celebrado entre noviembre de 1969 y marzo de 1970, como concurso válido para inscripción en ella –Resolución No. 280 de 1974–, que se repite, el demandante no mencionó en dicha petición ni aportó la documentación que en este caso especial estaba obligado a acompañar con la respectiva solicitud.

CARRERA ADMINISTRATIVA/ESCALAFON ADMINISTRATIVO–Inscripción/**PLAZO/PERIODO DE PRUEBA**–Inexistencia

El artículo 217 del Decreto 2400 de 1968 nestablece la obligación para el funcionario cuyo período de prueba ha vencido, de solicitar "su inscripción en el escalafón en un plazo de treinta (30) días", e igualmente establece la obligación para el DASC y la correspondiente oficina de personal, de hacer "las gestiones necesarias para que los funcionarios presenten oportuna y debidamente su solicitud, y si no lo hacen su situación se definirá de oficio". Fluye de lo anterior, que el empleado debe formular su solicitud dentro del plazo señalado; y que si bien es cierto la administración, ante el silencio de aquél, debe motivarlo para que presente su solicitud de escalafonamiento, es de elemental lógica que ello solo se predica respecto del funcionario que esté en período de prueba, cual tampoco es la situación del actor. Las normas invocadas en su solicitud de escalafonamiento dentro de la carrera administrativa no eran útiles para la pretensión del actor, pues como se dijo, no estaba laborando en 1968, y en 1981, cuando formuló la solicitud de escalafonamiento, no se encontraba en período de prueba.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 6441. Resoluciones Ministeriales. Actor: Octavio Segundo Vence Pisciotti.

Decídese el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de 25 de octubre de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

El Doctor Octavio Segundo Vence Pisciotti, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal declarar la nulidad del artículo 3o. de la Resolución No. 03339 de 4 de septiembre de 1985, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante el cual se declaró insubsistente su nombramiento como Profesional Universitario 3020 Grado 06 de los grupos de Impuestos sobre las Ventas e Indirectos de la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá y el consiguiente restablecimiento del derecho.

En la demanda relata el accionante que participó en el curso para abogados ponentes organizado por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, el Minis-

terio de Hacienda y Crédito Público y la Escuela Superior de Administración Pública –ESAP–, realizado entre el 17 de noviembre de 1969 y el 8 de abril de 1970; que aprobó dicho curso con calificaciones satisfactorias, por lo cual fue nombrado como Abogado Especializado I-21 en el Despacho del Administrador de Impuestos Nacionales de Cúcuta de donde pasó a la Sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales como Abogado III-24 y en 1972 fue trasladado como liquidador a la Sección de Liquidación de Impuestos sobre la Renta; que ocupó luego otros cargos hasta llegar al de Profesional Universitario 3020-06; que por Resolución No. 280 de 18 de junio de 1974 el Departamento Administrativo del Servicio Civil habilitó como concurso los exámenes o pruebas finales del mencionado curso de Abogados Ponentes, con el fin de incorporar al personal en servicio en la carrera administrativa, siempre que llenara los requisitos para ese efecto; que como la administración a pesar de que había aprobado el aludido curso y reunía los requisitos pertinentes, no tomó las medidas tendientes a su inscripción en dicha carrera, presentó al mencionado Departamento Administrativo una solicitud para que se procediera a ello, la cual hasta la fecha de presentación de la demanda no había sido respondida y, finalmente senala que sin causa alguna, fue removido de su empleo.

Citó como disposiciones infringidas los artículos 16, 17 y 62 de la Constitución Política, 5o., 45 y 52 del Decreto 2400 de 1968, 205, 212, 214, 217 y 267 del Decreto 1950 de 1973, sobre cuyo concepto de violación discurre a folios 13 y 14.

LA SENTENCIA

El Tribunal del conocimiento accedió a las súplicas de la demanda, aduciendo que efectivamente el Departamento Administrativo del Servicio Civil por medio de la Resolución No. 280 de 1974 habilitó como concurso para fines de ingreso a la carrera administrativa, las pruebas finales del curso de Abogados Ponentes realizado entre el 17 de noviembre de 1969 y el 11 de marzo de 1970 por el Ministerio de Hacienda y la Escuela de Administración Pública; que según la prueba recaudada, el actor participó satisfactoriamente en ese concurso –obtuvo el puesto octavo–; que reunía las calidades para el desempeño del empleo, pues terminó estudios de derecho antes de ingresar al Ministerio y se graduó el 7 de diciembre de 1978, y obtuvo en su ejercicio calificaciones satisfactorias –106% de rendimiento–, razones por las cuales requirió al Departamento Administrativo del Servicio Civil, que lo inscribiera en carrera sin obtener su cometido; que en consecuencia y conforme con lo previsto en el artículo 217 del Decreto 1950 de 1973, tanto ese Departamento Administrativo como las Oficinas de Personal del Ministerio, estaban obligadas a definir de oficio su situación en forma favorable o adversa y que por todo ello es forzoso concluir que el demandante "reunía los requisitos legales para hacer uso de la norma citada, por lo que al elevar al Departamento Administrativo del Servicio Civil su solicitud de inscripción en la Carrera Administrativa, correspondía a dicha entidad definirle su situación aún de oficio como lo ordena el artículo 217 del Decreto 1950 de 1973". (folio 79).

EL CONCEPTO FISCAL

Dentro del trámite del grado jurisdiccional de consulta de la sentencia comentada, la Doctora Fiscal Quinta de la Corporación opinó que ésta debe revocarse y, en su lugar, denegarse las pretensiones de la demanda, por cuanto si bien la Resolución No. 280 de 1974 validó como concurso las pruebas finales de un curso de adiestramiento denominado Abogados Ponentes, en el artículo 9o.*ibídem* autorizó a la División de Selección y Capacitación para otorgar certificados de validación de cursos como concursos a los funcionarios en servicio que lo solicitaren, previa presentación de los documentos que comprobaran la realización y aprobación de tales cursos, certificados que sólo serían válidos para solicitar la inscripción en la carrera administrativa y que no obstante, en la solicitud de escalafonamiento formulada por el Doctor Vence Pisciotti el 10 de abril de 1981, no se menciona el certificado sobre validación del curso que realizó; que la citada resolución hace referencia al curso celebrado entre el 17 de noviembre de 1969 y el 11 de marzo de 1970 y el diploma que el actor aportó a los autos hace mención al realizado del 17 de noviembre de 1969 al 8 de abril de 1970; que aun admitiendo que el curso llevado a cabo por el accionante fuera el mismo al que alude la Resolución No. 280 de 1974, dependiendo su inscripción en la Carrera Administrativa del Departamento Administrativo del Servicio Civil, entidad que no fue llamada a juicio, si aquel consideraba que tenía derecho a ser escalafonado, ha debido agotar la vía gubernativa en relación al silencio negativo que guardó el Departamento Administrativo del Servicio Civil frente a la petición del 10 de abril de 1974 y no lo hizo; de modo, dice, que no puede pretender ahora ser beneficiario de la inscripción en carrera administrativa, con el fin de obtener la nulidad del acto que declaró insubsistente su nombramiento, medida que el nominador podía adoptar válidamente porque era un empleado público de libre nombramiento y remoción.

Surtida la instancia, se procede a resolver previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La *litis* tiene por objeto determinar la juridicidad del artículo 3o. de la Resolución No. 03339 del 4 de septiembre de 1985, por el cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Profesional Universitario 3020-06 de los Grupos de Impuestos sobre las Ventas e Indirectos de la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuya nulidad se impetra en virtud de que el demandante estima que se transgredieron las disposiciones sobre carrera administrativa consagradas en los artículos 5o., 45 y 52 del Decreto 2400 de 1968 y 205, 212, 214, 217 y 267 del Decreto 1950 de 1973.

El material probatorio recaudado en el proceso, demuestra lo siguiente:

1o) Que el señor Octavio Vence Pisciotti aprobó el curso de IMPUESTOS SOBRE LA RENTA PARA ABOGADOS PONENTES, realizado en Bogotá del **17 de noviembre de 1969 al 8 de abril de 1970,** con una intensidad de 234 horas (folio 35).

2o) Que por Resolución No. 09801 de 28 de agosto de 1970 el accionante fue **nombrado provisionalmente** en el cargo de Abogado Especializado I-21 en el despacho del Administrador de Impuestos Nacionales de Cúcuta (folio 139 cdno. No. 2), cargo del cual tomó posesión el 14 de septiembre de ese año (folio 140 *ibídem*). Obsérvese que su designación se hizo provisionalmente y no en período de prueba.

3o) Que el Departamento Administrativo del Servicio Civil por medio del artículo 2o. de la Resolución 280 de 18 de junio de 1974, habilitó como concurso los exámenes o pruebas finales de un curso de adiestramiento denominado **Abogados Ponentes,** realizado entre **el 17 de noviembre de 1969 y el 11 de marzo de 1970,** para los cargos correspondientes a la serie **Abogados,** para lo cual se requería que las funciones especiales del cargo se refirieran al área tributaria (folio 30 a 33).

4o) Que cerca de siete años después de haber sido habilitado al referido curso y, casi once años después de haber ingresado al servicio del Ministerio, el 10 de abril de 1981 (folio 9), el accionante solicitó al Departamento Administrativo del Servicio Civil se le **escalafonara definitivamente** en carrera administrativa, invocando para el efecto lo dispuesto en los artículos 52 del Decreto 2400 dee 1968 y 217 del Decreto No. 1950 de 1973, y que para esa fecha desempeñaba el cargo de Profesional Universitario 3020-06 en la entidad demandada.

Expresa igualmente en su solicitud, que en 1970 "participé en un concurso abierto convocado por el Departamento Administrativo del Servicio Civil y resulté seleccionado en él, ocupando el puesto No. 8"; agrega que "como consecuencia de lo anterior, fue llamado a adelantar un curso de Abogado especializado en Derecho Tributario, habiéndolo aprobado, razón por la cual formó parte de una lista de elegibles, y que de allí se derivó su nombramiento para ocupar el cargo de Abogado Especializado en el mes de septiembre de 1970.

En relación con la anterior solicitud, la Sala considera conveniente hacer las siguientes precisiones:

– Que el accionante invocó como fundamento jurídico, los artículos 52 del Decreto 2400 de 1968 y 217 del 1950 de 1973, cuyo texto es el siguiente:

> "**Artículo 52.–** Los empleados que se encuentren en período de prueba, para ser inscritos en el escalafón serán calificados al término de aquel o si ya se hubiere cumplido, **dentro de un plazo máximo de noventa (90) días, contados a partir de la vigencia del presente decreto,** con el objeto de de-

finir su situación de ingreso a la carrera o su retiro del servicio". (El destacado no es del texto)

"**Artículo 217.**– Al vencerse el período de prueba el funcionario deberá solicitar su inscripción en el escalafón, en un plazo de treinta (30) días. El Departamento Administrativo del Servicio Civil y las oficinas de personal harán las gestiones necesarias para que los funcionarios presenten oportuna y debidamente su solicitud, y si no lo hacen su situación se definirá de oficio".

– Que el peticionario pretendió en el año de 1981 (fl. 9) acogerse al artículo 52 transcrito, norma esta que ya había dejado de regir, pues fue aplicable a quienes en la fecha de expedición del Decreto 2400 de 1968 se encontraban en período de prueba, cual no era la situación del actor, pues en tal año ni siquiera había ingresado al servicio del Ministerio.

– Que el artículo 217 del Decreto 2400 de 1968, establece la obligación para el funcionario cuyo período de prueba ha vencido, de solicitar "su inscripción en el escalafón en un plazo de treinta (30) días"; e igualmente establece la obligación para el DASC y la correspondiente oficina de personal, de hacer "las gestiones necesarias para que los funcionarios presenten oportuna y debidamente su solicitud, y si no lo hacen su situación se definirá de oficio". Fluye de lo anterior, que el empleado debe formular su solicitud dentro del plazo señalado; y que si bien es cierto la administración, ante el silencio de aquel, debe motivarlo para que presente su solicitud de escalafonamiento, es de elemental lógica que ello solo se predica respecto del funcionario que esté en período de prueba, cual tampoco es la situación del actor, según se verá más adelante.

– En síntesis, las normas invocadas en su solicitud de escalafonamiento dentro de la carrera administrativa no eran utiles para la pretensión del actor, pues no estaba laborando en 1968, y en 1981, cuando formuló la solicitud de escalafonamiento, no se encontraba en período de prueba.

– El peticionario afirma que participó en un concurso abierto, habiéndolo aprobado, y que formó parte de una lista de elegibles, lo cual de haber sido acreditado llevaría a la Sala a considerar que si el nombramiento que se le hizo fue consecuencia de dicho proceso de selección, realmente se encontraba en período de prueba; mas sin embargo, tales afirmaciones no aparecen respaldadas por documento alguno, luego debe descartarse que tal hubiera sido la calidad que ostentaba el demandante; y en tales circunstancias, mal podría hacerse derivar consecuencias al hecho de no haber definido la administración oficiosamente su situación frente a la carrera, pues como se anotó, tal obligacion solo se predica respecto a los funcionarios que están en período de prueba, y el actor no lo estaba.

5o) Empero, el actor ya en ejercicio de la acción contenciosa "se olvida" de su alegada inicialmente calidad de funcionario en período de prueba, y cambia de en-

foque al estructurar la demanda haciendo derivar su derecho, no de su participación en un concurso y su inclusión en una lista de elegibles, sino de su participación en un curso para abogados ponentes.

En relación con este curso, observa la Sala que existen varios aspectos que no le permiten llegar a la conclusión indefectible de que fue el mismo validado por el DASC para ingreso a la carrera administrativa. En efecto: mientras en la Resolución 280 de 1974 (fl. 30) se validó como concurso un curso para **Abogados Ponentes** realizado por el Ministerio de Hacienda y la ESAP entre el 17 de noviembre de 1969 y el **11 de marzo de 1970** para los cargos de la serie de **Abogados,** en el expediente aparece acreditado que el actor aprobó un curso de **Impuestos sobre la Renta para Abogados Ponentes,** llevado a cabo en fecha diferente, entre el 17 de noviembre de 1969 y el 8 de abril de 1970 (fls. 10 y 35). De otra parte, si el demandante participó en 1970 en un concurso, como consecuencia del cual fue llamado para adelantar un curso, afirmación que hace a folio 9, resulta físicamente imposible, que tal curso pudiera ser el iniciado el 17 de noviembre de 1969, del cual quiere hacer su derecho a la carrera. Igualmente llama la atención la Sala, sobre el hecho de que si el curso habilitado por el DASC hubiera sido el aprobado por el actor, no se habría producido la respuesta que a una solicitud suya le dio esa entidad, en el sentido de que no le era posible certificar sobre su participación en él "por cuanto dicho programa fue ejecutado" por la ESAP y el Ministerio, pues para el año 1987 ya debían reposar en aquel organismo todos los datos de un curso validado años atrás.

Pero aun, si se aceptara en gracia de discusión que el curso habilitado como concurso mediante la Resolución 280 de 1974 sea el mismo, se tiene que:

– Como se vio, el demandante no solicitó al Departamento Administrativo del Servicio Civil su inscripción en la carrera administrativa, con base en dicha habilitación; conclusión a la que se llega no sólo porque en el escrito contentivo del requerimiento no se hace referencia a esa habilitación, ni se acompaña a la petición la certificación de la División de Selección y Capacitación sobre validación del referido curso como concurso, documento que, si aspiraba a ser inscrito en carrera mediante tal procedimiento, necesariamente debía aportar en los términos del parágrafo de los artículos 8o. y 9o. de dicha resolución, sino porque como se vio, el texto de la solicitud evidencia que su pretensión se basó exclusivamente en el derecho de los empleados en período de prueba a ser calif icados con miras a su escalafonamiento en carrera según los términos de las dos normas invocadas, que lo fueron el artículo 52 Decreto 2400 de 1968 y el artículo 217 del Decreto 1950 de 1973.

Tampoco podría pensarse que tratándose de dos cursos diferentes, como lo cree la Sala, pueda tenerse como idóneo para ingresar a la carrera el adelantado por el actor, por el hecho de haberse extendido hasta el 8 de abril, pues ello supondría no solo arrogarse una facultad –la de validar los cursos– asignada al DASC, sino dar por

sentado que es más idóneo un curso por el solo hecho de haberse dictado durante un mayor número de días, sin tener en cuenta aspectos tales como la intensidad diaria, su contenido, sus objetivos, etc., aspectos que en realidad sirven para cualificarlo a la luz del artículo 205 del Decreto 1950 de 1973, en armonía con el 267 *ibídem*, que a la letra dice:

> "**Art. 205.**– El Departamento Administrativo del Servicio Civil podrá organizar concursos de ingreso a carrera administrativa o promoción dentro de ella con base en los cursos de adiestramiento o perfeccionamiento cuando a juicio del Consejo Superior del Servicio Civil llenen los siguientes requisitos:
>
> a) Los cursos deberán referirse a las funciones propias de los empleos o a los servicios técnicos a cargo de los organismos.
>
> b) La intensidad deberá ser suficiente para dar una capacitación adecuada, según los objetivos del curso.
>
> c) Las pruebas finales deberán ser elaboradas por el Departamento Administrativo del Servicio Civil o aprobadas por este, con base en el programa de los cursos.
>
> Parágrafo.– Estos concursos solo podrán ser validados para aquellos funcionarios que reúnan los requisitos mínimos señalados para el desempeño del empleo, fijados en los manuales descriptivos de funciones, o en su defecto los que señale el Consejo Superior del Servicio Civil".

– De otra parte, se observa que en la petición mencionada en ningún momento el accionante invocó el artículo 267, norma que sí establece que los empleados que hayan realizado cursos de adiestramiento o perfeccionamiento que se habiliten como concursos, siempre y cuando tengan calificación de servicios satisfactoria, pueden solicitar su inscripción en el escalafón de la carrera administrativa, de acuerdo con el procedimiento en él establecido. A estos funcionarios, dice la norma en comento, el tiempo servido les será habilitado como período de prueba.

Consiguientemente, no es dable aceptar que en el *sub-lite* tenga cabida la aplicación del artículo 217 del citado decreto, pues no se trata de que el demandante hubiese sido nombrado en período de prueba y éste se hallara vencido, lo que le permitiría, en términos de ese artículo, solicitar su inscripción en carrera; ni que haya efectuado requerimiento de escalafonamiento en carrera en consideración a la habilitación del curso celebrado entre noviembre de 1969 y marzo de 1970, como concurso válido para inscripción en ella –Resolución No. 280 de 1974–, que se repite, el demandante no mencionó en dicha petición ni aportó la documentación que en este caso especial estaba obligado a acompañar con la respectiva solicitud.

Por tanto, es desacertado aseverar, como lo hizo el Tribunal, que por no proseguirse oficiosamente el trámite de inscripción en carrera luego de que el Doctor Vence

Pisciotti requirió al Departamento Administrativo del Servicio Civil hacerlo, se quebrantó lo preceptuado en el artículo 217 del Decreto 1950 de 1973, para con base en ello infirmar el acto acusado; no puede admitirse que se configure la violación de dicho precepto, o que se desconozcan eventuales derechos nacidos de una petición, cuando esta carece de un verdadero sustento jurídico, pues sería ilógico aceptar que de un requerimiento de escalafonamiento en carrera administrativa, despojada de apoyo legal, se pudiera derivar un fuero de estabilidad en el cargo, que la ley solo reporta a quienes han ingresado a la carrera con estricta sujeción al ordenamiento jurídico.

Así las cosas, ha de concluirse que el fallo consultado no se ajusta a las disposiciones legales reguladoras de la carrera de los funcionarios públicos y, por tanto, se impone su revocación y la denegación de las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contenoioso 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 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso promovido por Octavio Segundo Vence Pisciotti contra la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público y en su lugar, se déniegan las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto fue discutido y aprobado por la Sala en sesión celebrada el dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna (ausente), *Carlos A. Orjuela Góngora* (salva el Voto), *Diego Younes Moreno, Alvaro Díaz Granados,* Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA ADMINISTRATIVA/ESCALAFON ADMINISTRATIVO– Inscripción/**CURSO DE INGRESO A LA CARRERA**–Validez–(Salvamento de Voto)

Considero que el actor tenía derecho a que se le aplicara lo dispuesto en los artículos 217 y 267 del decreto 1950 de 1973, de conformidad con los cuales debió inscribírsele en carrera porque acreditó los requisitos para ello, y además, porque el Departamento Administrativo del Servicio Civil estaba obligado a definirle su situación, aun de oficio. Es incuestionable que el curso adelantado por el demandante, de "Impuesto sobre la Renta para Abogados Ponentes", reunía las características de duración, intensidad, etc., suficientes para entender que es el mismo que validó el DASC mediante la resolución 280 de 1974; y que ha debido aceptar ese organismo para evaluar positivamente la solicitud de inscripción. No podía la administración declarar la insubsistencia, sino que estaba supeditada a los trámites y procedimientos propios de los empleados de carrera, por manera que al haberlos ignorado incurrió en los vicios de nulidad que le endilgó el libelo demandatorio.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., primero (1o.) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Salvamento de Voto del *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 6441. Resoluciones Ministeriales. Actor: Octavio Segundo Vence Pisciotti.

Con todo respecto me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala, porque en mi sentir debió confirmarse la sentencia del *a-quo,* favorable a las pretensiones de la demanda.

En efecto, considero que el actor tenía derecho a que se le aplicara lo dispuesto en los artículos 217 y 267 del Decreto 1950 de 1973, de conformidad con los cuales debió inscribírsele en carrera porque acreditó los requisitos para ello, y además, porque el Departamento Administrativo del Servicio Civil estaba obligado a definirle su situación, aun de oficio.

Es incuestionable que el curso adelantado por el demandante, de "Impuesto sobre la Renta para Abogados Ponentes", reunía las características de duración, intensidad, etc., suficientes para entender que es el mismo que validó el DASC mediante la Resolución 280 de 1974; y que ha debido aceptar ese organismo para evacuar positivamente la solicitud de inscripción.

Así las cosas, no podía la administración declarar insubsistente, sin más, al doctor Vence P., sino que estaba supeditada a los trámites y procedimientos propios de los empleados de carrera, por manera que al haberlos ignorado incurrió en los vicios de nulidad que le endilgó el libelo demandatorio.

Por consiguiente, como ya lo expresé, las súplicas de la demanda estaban llamadas a prosperar, como lo dedujo el *a-quo*. En ese orden de ideas, entonces, pienso que es equivocada la revocatoria del fallo, que implica el desconocimiento de los derechos del actor, claros y evidentes para mí.

Con todo comedimento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

PRESUPUESTOS PROCESALES/DEMANDA–Requisitos/**VIA GUBERNATIVA**–Agotamiento/**SILENCIO ADMINISTRATIVO**

Señala el artículo 135, numerales 1o. y 3o. del C.C.A. en su texto vigente a la fecha de presentación de la demanda, que para poder ocurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa es necesario que se haya agotado la vía gubernativa o que se haya operado el fenómeno del silencio administrativo frente a los recursos interpuestos. Y al tenor del artículo 60 del citado estatuto, se produce acto negativo presunto cuando transcurrido un plazo de dos meses contado a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación, la administración no ha notificado decisión expresa sobre ellos.

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO/DEMANDA–*Petitum*/**PRETENSION**–Omisión/**DEMANDA**–Requisitos/**DERECHO SUSTANCIAL**–Prevalencia

Debió la actora solicitar en el *petitum* de su demanda, se declare la ocurrencia del silencio administrativo negativo, para efectos de que se reconociera abierta la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional. Sin embargo, este defecto del *petitum* no tiene la virtualidad de hacer que la demanda sea inepta si se tiene en cuenta que en el libelo se informó sobre la interposición del recurso de reposición allegando copia de él, y se citó entre los fundamentos de derecho el artículo 135 del C.C.A., lo cual permite a la Sala, atendiendo el mandato constitucional contenido en el artículo 228 de la nueva Carta, interpretar la demanda haciendo prevalecer el derecho sustancial, y entendiendo que la pretensión lleva implícita la declaratoria de ocurrencia del silencio administrativo negativo.

ESCALAFON DOCENTE–Requisitos Grado 12/**ESCALAFON DOCENTE**–Ascenso

De conformidad con el artículo 10 del Decreto 2277 de 1979, que establece los requisitos para ascensos de los educadores titulados a los distintos grados del Escalafón Nacional Docente, para ascender al grado 12 que es al que pretende la actora, se requiere además del título de licenciado en ciencias de la educación, cuatro años de experiencia docente en el grado 11, es decir que el educador debe haber pasado por los niveles previos. El artículo 73 del citado decreto establece una excepción a esa regla, ya que permite hacer valer la experiencia docente no utilizada para clasificaciones anteriores, ni para efectos de asimilación en el Escalafón Nacional Docente, régimen exceptivo que el demandante aspira se le aplique, según interpretación que se hace de la demanda, puesto que no se invoca como violada dicha norma ni se pide su aplicación.

ESCALAFON DOCENTE–Requisito No Utilizado/**ESTATUTO DOCENTE**–Vigencia/**PERSONAL DOCENTE**–Experiencia/**EDUCACION PRIMARIA**–Antiguo Escalafón

En repetidas ocasiones esta Corporación se ha pronunciado sobre este tema, haciendo suyos los planteamientos de la Sala de Consulta y Servicio Civil contenidos en el concepto de 25 de agosto de 1983, para concluir que los requisitos no utilizados de que trata el artículo 73 del Decreto 2277 de 1979, son aquellos que hubieren servido válidamente para ascender a las categorías o clasificaciones anteriores al decreto citado o para la asimilación en el nuevo escalafón docente. Por consiguiente, no es dable admitir que la experiencia docente que se reclama, adquirida antes de la vigencia del Decreto 2277 a nivel de educación primaria, sea útil para el ascenso en el nuevo escalafón.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 6875. Autoridades Nacionales. Apelación Sentencia
Actora: Adelaida Triviño Torres.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de abril 6 de 1990 proferida por el Tribunal Adminis-

trativo de Cundinamarca, Sección Primera, por la cual se inhibió de decidir sobre el fondo de la *litis*.

ANTECEDENTES

1. La accionante, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó a esta Sección que hiciera las siguientes declaraciones y condenas:

> "1a. Que es nula la Resolución 6784 del 19 de diciembre de 1983 proferida por la Junta Seccional de Escalafón Nacional ante el D.E. de Bogotá, en cuanto en ella se asceinde (sic) a mi mandante sólo al grado 10o. del Escalafón, por ser violatoria del Estatuto Docente y de las normas protectoras del salario.
>
> 2a. Que como consecuencia de la nulidad anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la NACION - Ministerio de Educación Nacional - Junta Seccional de Escalafón Nacional ante el DE (sic) de Bogotá que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ponga término a la acción, proiera (sic) resolución por medio de la cual se asimile y ascienda a mi mandante a los grados que en derecho correspondan en el escalafón docente, en efectos a partir de cuando indican las Resoluciones 000572 de agosto 12/80 y No. 6784 de diciembre 19/83, respectivamente, teniendo en cuenta la TOTALIDAD del tiempo servido al magisterio al momento de su asimilación, junto con su título docente.
>
> 3a. Que como consecuencia de la petición anterior, se ordene a la entidad pagadora FONDO EDUCATIVO REGIONAL FER la cancelación de la diferencia salarial tomando como base los grados asignados en el actual escalafón (8o. y 10o.) y aquellos que conforme a la Ley debe ocupar mi mandante y con el reajuste correspondiente, se liquiden las primas, vacaciones, subsidios y demás emolumentos, partiendo del sueldo mensual asignado para los correspondientes grado y año, conforme a la escala salarial decretada para cada anualidad.
>
> 4a. Que para efectos salariales, prestacionales y de servicio se declare no ha habido solución de continuidad entre la fecha de causación del respectivo derecho y la de su reconocimiento y pago efectivo". (fl. 7)

La Sección por auto de octubre 11 de 1984, consideró que la competencia para conocer del negocio era determinable por su cuantía y en consecuencia, ordenó remitirlo al Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Dicho Tribunal avocó el conocimiento del proceso.

2. El *a-quo* en el fallo recurrido se declaró inhibido para decidir sobre el fondo de la *litis* con fundamento en lo siguiente:

La accionante interpuso ante la administración recurso de reposición contra el acto acusado, y al momento de incoarse la acción ya había transcurrido el tiempo necesario para generar el acto negativo presunto. En consecuencia, debió haber pedido su reconocimiento, pues contra él debió dirigirse la acción. Por lo tanto, al no existir demanda en forma, no hay lugar a proferir pronunciamiento de mérito (fls. 110 a 115).

3. En su escrito de apelación, la actora expresa que pidió la nulidad del acto acusado al tenor del artículo 136 del C.C.A., vigente en la época, la cual podía ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto.

Que se interpuso recurso de reposición contra el acto acusado, el cual fue desatado negativamente por la administración mediante Resolución No. 1097 de 1985, de tal manera que sí operó el agotamiento de la vía gubernativa y agrega que la decisión del *a-quo* es una negativa al derecho de defensa de la actora (fls. 117 y 118).

Surtido el trámite legal sin observarse causal de nulidad, se decide previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. En virtud de que en el fallo apelado el *a-quo* se inhibió de resolver sobre el fondo de la *litis* por encontrar inepta la demanda, debe la Sala en primer término examinar si le asiste razón o no al Tribunal, para no haber fallado de fondo.

Señala el artículo 135, numerales 1o. y 3o. del C.C.A. en su texto vigente a la fecha de presentación de la demanda, que para poder ocurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa es necesario que se haya agotado la vía gubernativa o que se haya operado el fenómeno del silencio administrativo frente a los recursos interpuestos. Y al tenor del artículo 60 del citado estatuto, se produce acto negativo presunto cuando transcurrido un plazo de dos meses contado a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación, la administración no ha notificado decisión expresa sobre ellos.

En el caso *sub-júdice*, se encuentra demostrado que contra el acto acusado la actora interpuso recurso de reposición (fl. 49), formulado en diciembre 22 de 1983, y que a la fecha en que fue incoada la acción ya había transcurrido el tiempo suficiente para entender que la decisión era negativa.

Ciertamente, como bien lo sostiene el *a-quo*, debió la actora solicitar en el *petitum* de su demanda, se declare la ocurrencia del silencio administrativo negativo, para efectos de que se reconociera abierta la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional.

Sin embargo, este defecto del *petitum* no tiene la virtualidad de hacer que la demanda sea inepta si se tiene en cuenta que en el libelo se informó sobre la interposición del recurso de reposición allegando copia de él, y se citó entre los

fundamentos de derecho el artículo 135 del C.C.A., lo cual permite a la Sala, atendiendo el mandato constitucional contenido en el artículo 228 de la nueva Carta, interpretar la demanda haciendo prevalecer el derecho sustancial, y entendiendo que la pretensión lleva implícita la declaratoria de ocurrencia del silencio administrativo negativo.

En este orden de ideas, procede fallo de mérito.

2. En la presente *litis* se ha demostrado que:

a) Mediante Resolución No. 000572 de agosto 12 de 1980, emanada de la Junta Seccional de Escalafón Nacional ante el D.E. de Bogotá, se asimiló a la actora en el grado 8o. del escalafón nacional docente, y para ello se tuvo en cuenta como requisitos acreditados: título de licenciada en ciencias de la educación y experiencia docente de tres años, dos meses y cuatro días. Se determinó como fecha para el siguiente ascenso el 27 de octubre de 1979. Este acto administrativo quedó en firme (fls. 3 y 87, cdno. ppal.).

b) La actora prestó sus servicios 24 años como educadora en primaria (fl. 34, cdno. 2); tiempo éste que no fue tenido en cuenta cuando se produjo la resolución de asimilación docente antes descrita.

c) Mediante Resolución No. 6784 de diciembre 19 de 1983, el acto acusado, la entidad demandada ascendió a la actora al grado 10o. del escalafón nacional docente (fl. 4, cdno. ppal.). Y para este primer ascenso, según constancia que obra en autos, se tuvo en cuenta seis años de servicio en educación secundaria, contados así: desde octubre 27 de 1979 a marzo 16 de 1982 y de enero 1o. de 1972 a agosto 13 de 1975, este último período que no había sido tenido en cuenta en la asimilación (fl. 88, cdno. ppal.).

d) Contra la anterior resolución la actora interpuso recurso de reposición, argumentando entre otras razones que no se tuvo en cuenta el tiempo de servicio prestado en primaria con título de secundaria no tampoco se tuvo en cuenta la experiencia docente no utilizada con anterioridad a la asimilación (fl. 49, cdno. ppal.). Luego de ocurrido el silencio administrativo negativo respecto del recurso, y ya en curso el proceso, la de 1985 se pronunció negando el recurso interpuesto, por cuanto el tiempo de servicio laborado en primaria sólo servía "para el ascenso de 2a. a 1a. de primaria y no para secundaria" (fls. 47 y 48, cdno. ppal .).

De conformidad con el artículo 10o. del Decreto 2277 de 1979, que establece los requisitos para ascensos de los educadores titulados a los distintos grados del Escalafón Nacional Docente, para ascender al grado 12 que es al que pretende la actora, se requiere además del título de licenciado en ciencias de la educación, cuatro años de experiencia docente en el grado 11, es decir que el educador debe haber pasado por los niveles previos.

El artículo 73 del citado decreto establece una excepción a esa regla, ya que permite hacer valer la experiencia docente no utilizada para clasificaciones anteriores, ni para efectos de asimilación en el Escalafón Nacional Docente, régimen exceptivo que el demandante aspira se le aplique, según interpretación que se hace de la demanda, puesto que no se invoca como violada dicha norma ni se pide su aplicación.

De tal manera, que con base en una experiencia docente adquirida en la educación primaria pretende la actora que se la ascienda del grado 8 al 12.

En repetidas ocasiones esta Corporación se ha pronunciado sobre este tema, haciendo suyos los planteamientos de la Sala de Consulta y Servicio Civil contenidos en el concepto de agosto 25 de 1983, para concluir que los requisitos no utilizados de que trata el artículo 73 del Decreto 2277 de 1979, son aquellos que hubieren servido válidamente para ascender a las categorías o clasificaciones anteriores al decreto citado o para la asimilación en el nuevo escalafón docente.

En el citado concepto se dijo:

> "Unicamente pueden computarse para ascenso en el nuevo escalafón los cursos de capacitación o actualización y la experiencia docente que siendo aptos para ascender dentro del antiguo régimen de escalafón o que pudiendo utilizarse válidamente para la asimilación al nuevo régimen no fueron utilizados por sus titulares en dichas oportunidades, para el ascenso dentro del nuevo escalafón; deben igualmente reunirse los demás requisitos establecidos en el artículo 10 del Decreto-Ley 2277 de 1979".

Por consiguiente, no es dable admitir que la experiencia docente que se reclama, adquirida antes de la vigencia del Decreto 2277 de 1979 a nivel de educación primaria, sea útil para el ascenso en el nuevo escalafón.

Respecto al servicio docente en secundaria prestado por la actora, con anterioridad a la vigencia del citado Decreto 2277, encuentra la Sala lo siguiente:

– La actora fue asimilada en el escalafón nacional con base en el reconocimiento de su licenciatura en ciencias de la educación y tres años, dos meses y cuatro días de experiencia docente (fl. 3, cdno. ppal.). Según constancia que obra en autos, el tiempo de experiencia se contó desde agosto 13 de 1975 a octubre 27 de 1979, descontando el año 1976 que laboró en primaria (fl. 87, cdno. ppal.).

– El primer ascenso producido mediante el acto acusado, tuvo lugar con el reconocimiento de los siguientes requisitos cumplidos: 6 años de servicio contados así: de octubre 27 de 1979 a marzo 16 de 1982 y de enero 1o. de 1972 a agosto 13 de 1975 (tiempo laborado en secundaria y no tenido en cuenta en la asimilación). De allí que el ascenso se produjo del grado 8o. al 10o., porque de lo contrario la actora hubiese ascendido sólo al grado 9o., inmediatamente siguiente (fl. 88, cdno. ppal.).

– Según el artículo 10 del Decreto 2277 de 1979, para que la actora tuviera derecho a ser ascendida al grado 11o., requería acreditar 3 años de experiencia en el grado 10o., o sea un total de 9 años contados a partir del grado 8o., y sólo acreditó 6 años, como antes se anotó.

En consecuencia, no tiene razón la recurrente en que tenía acumulada experiencia docente en secundaria suficiente para acceder al grado 11.

En conclusión, no prospera la pretensión de la actora en el sentido de que se anule el acto acusado y se ordene al demandado proferir el acto por el cual "se asimile y ascienda" a la recurrente a los grados superiores que le corresponda en el escalafón docente porque no se ha quebrantado la legalidad del acto acusado.

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:

REVOCASE la sentencia apelada de abril seis (6) de mil novecientos noventa (1990), pronunciada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, que se inhibió de decidir sobre el fondo de la demanda promovida por ADELAIDA TRIVIÑO TORRES, contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Junta Seccional de Escalafón Nacional.

En su lugar, **NIEGANSE** las pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase al expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro* (ausente), *Alvaro Lecompte Luna* (ausente), *Diego Younes Moreno, José Roberto Herrera V.*, Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

INSUBSISTENCIA/ACTO DISCRECIONAL/COMISION DE ESTUDIOS– Prórroga/**TITULO**–Término

Un acto administrativo de carácter discrecional, por medio del cual se declara insubsistente el nombramiento de un empleado público no vinculado a carrera, ostenta la presunción de legalidad según la cual se considera que el acto fue proferido de acuerdo con las disposiciones legales y constitucionales. Y fue emitido en aras del buen servicio (en interés general). De tal manera, que cuando se trata de esta clase de actos discrecionales, la afirmación de estar afectados de vicios o ilegalidad, debe estar respaldada con pruebas plenas que no dejen la menor duda de que en efecto el nominador persiguió con su poder discrecional un fin distinto a la protección del buen servicio. El hecho de que un funcionario firme contrato para cumplir una comisión de estudios no limita la facultad discrecional de la administración para separar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción. Lo cierto es que la empleada, vencida la comisión y su prórroga aún no había obtenido el título y ni siquiera había presentado la monografía requerida para ello como lo certificó el centro docente, de manera que el incumplimiento de la obligación contractual de presentar el título dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la original comisión bien pudo ser motivo razonable y suficiente para que se hubiera producido la insubsistencia impugnada.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 7765. Autoridades Departamentales. Consulta Sentencia. Actora: Martha Lucía González Herrera.

Se decide en grado de consulta sobre la sentencia pronunciada el cuatro (4) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992) por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en el proceso promovido por Martha Lucía González Herrera contra el Departamento de Boyacá y en responsabilidad conexa contra el doctor César Manuel García Niño.

ANTECEDENTES

1. La accionante, mediante apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo de Boyacá, que declarara la nulidad del Decreto No. 000001 de enero 2 de 1989, por el cual el Gobernador de Boyacá, doctor César Manuel García Niño, declaró insubsistente el nombramiento de la actora en el cargo de Directora General de Rentas, Nivel Ejecutivo, Grado 2 de la Dirección General de Rentas, dependiente de la Secretaría de Hacienda. Como consecuencia de lo anterior, solicitó ser reintegrada al mismo cargo, o a uno de igual o mejor categoría; el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir; se le reconozca para todos los efectos que no hubo solución de continuidad en el ejercicio del cargo; que las sumas de dinero serán pagadas por el Departamento de Boyacá - Secretaría de Hacienda, y éste a su vez repita la condena contra el doctor César Manuel García Niño; se ordene el cumplimiento de la sentencia según los Arts. 176 y 177 del C.C.A.; y se condene en costas a la persona natural demandada.

2. El *a-quo* accedió a las súplicas de la demanda con base en los siguientes fundamentos:

La administración, a través del acto acusado, prescindió de los servicios de una empleada que se había capacitado por medio de una comisión de estudio, sin dar tiempo a evaluar los resultados como medida para apreciar la necesidad y conveniencia de la administración. En consecuencia, se desconocieron los alcances del Art. 38 del Decreto 2400 de 1968 y del Art. 423 del Código Fiscal de Boyacá.

Además el acto acusado está afectado por desviación de poder, por cuanto el reemplazo de la actora no probó ante la administración ningún título universitario ni estudios secundarios; cuando se presentó la actora a reasumir su cargo, en el término de tiempo fijado por el Decreto 1115 de julio 18 de 1988 (17 de diciembre de 1988), la administración sin ninguna justificación le prorrogó el término de la comisión hasta el 31 de diciembre del citado año, con lo cual "renombró" a Neftalí Dávila Leal, quien venía reemplazando a la actora durante la última fase de la comisión; al reincorporarse al cargo la actora en enero de 1989, es declarada insubsistente y nombrado como reemplazo el mismo empleado. La administración muestra un inusual interés en nombrar a una persona no competente académicamente y sin considerar el esfuerzo presupuestal y humano que implicó la capacitación realizada por la actora.

Por otra parte, ante tan protuberante falta de racionalidad en la producción del acto acusado, el funcionario que lo creó incurrió en culpa grave, lo que implica que el Departamento debe repetir contra él, el pago de las indemnizaciones que hubiere realizado, según lo consagra el Art. 235 del Código del Régimen Departamental.

3. La Procuradora Quinta Delegada ante esta Corporación, conceptuó que hay lugar a revocar la providencia consultada y en su lugar negar las pretensiones de la demanda, por cuanto no se ha desvirtuado la presunción de legalidad del acto: el funcionario que detente el poder discrecional de libre remoción, puede llevarlo a cabo cuando lo crea conveniente para la mejor prestación del servicio; además en el caso presente, no se probó la desviación de poder, consistente en nombrar a quien carecía de los requisitos técnicos, puesto que no se demostró cuáles eran, y si se hubieran demostrado, tampoco sería anulable por este motivo, el acto de insubsistencia.

Surtido el trámite legal y sin observarse causal de nulidad, se decide previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. En la presente *litis* aparece establecido:

a) La actora estuvo vinculada a la administración departamental de Boyacá, en el cargo de Directora General, Nivel Ejecutivo, Grado 2 de la Dirección General de Rentas, dependiente de la Secretaría de Hacienda (fls. 76 y 77, cdno. 3). No se encuentra acreditado que dicho cargo gozara de privilegios que concede la ley a quienes tienen fuero de estabilidad o carrera. Se trata en consecuencia de un cargo directivo de libre nombramiento y remoción.

b) La entidad nominadora confirió a la actora la comisión de estudios, para realizar la especialización en finanzas públicas en la "ESAP" Bogotá (fl. 17, cdno. 3). Por tal motivo se suscribió contrato de capacitación entre la administración y la actora, con vencimiento al 30 de junio de 1988. En el contrato se estipuló que podría prorrogarse por seis (6) meses más para que la empleada optara "el título de maestría" (fl. 8, cdno. ppal.).

El término de la comisión le fue prorrogado hasta el 17 de diciembre de 1988, pero el contrato no se prorrogó y según la Resolución de prórroga el objeto de ésta fue para continuar con la especialización, no para optar por la maestría (fl. 24, cdno. ppal.).

La actora al vencimiento de la comisión no había obtenido el título de especialista ni había entregado la monografía requerida.

La actora manifestó el 19 de diciembre de 1988 su disposición de reintegrarse al cargo (fl. 25, cdno. ppal.), el nominador le prorrogó la comisión de estudios hasta el 31

de diciembre de 1988 y nombró en su reemplazo a JOSE NEFTALY DAVILA LEAL (fl. 26, cdno. ppal.).

c) Mediante Decreto 000001 de enero 2 de 1989, que constituye el acto acusado, el nominador declaró insubsistente el nombramiento de la actora y en su reemplazo se nombró interinamente al citado señor Dávila Leal (fl. 2, cdno. ppal.).

2. El acto administrativo acusado es de los llamados discrecionales. Es decir, aquellos producidos en ejercicio del poder legal conferido al funcionario competente, para la realización del interés general, razón de ser del Estado.

Como lo ha venido sosteniendo esta Corporación reiteradamente, un acto administartivo de carácter discrecional, por medio del cual se declara insubsistente el nombramiento de un empleado público no vinculado a carrera, ostenta la presunción de legalidad, según la cual se considera que el acto fue proferido de acuerdo con las disposiciones legales y constitucionales. Y fue emitido en aras del buen servicio (en interés general).

De tal manera, que cuando se trata de esta clase de actos discrecionales, la afirmación de estar afectados de vicios o ilegalidad, debe estar respaldada con pruebas plenas que no dejen la menor duda de que en efecto el nominador persiguió con su poder discrecional un fin distinto a la protección del buen servicio.

En la presente *litis* encuentra la Sala que no se destruyó la presunción de legalidad del acto acusado.

Ninguna norma invocada por la actora como violada, establece el derecho de ésta a gozar de estabilidad en el cargo al término de la comisión de estudios.

Esta Corporación ha reiterado que el hecho de que un funcionario firme contrato para cumplir una comisión de estudios no limita la facultad discrecional de la administración para separar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción. Así lo expresó en reciente pronunciamiento esta Sección, en Sentencia de 23 de abril de 1991. Exp. 1423. M.P. Dr. Reynaldo Arciniégas Beedecker. Actor: Guillermo García Martínez:

> "De otra parte, el haber firmado contrato para cumplir una comisión de estudios tampoco compromete a la administración sino que, al contrario, es para ella una garantía de que, terminado el curso académico, el empleado utilizará sus nuevos conocimientos en beneficio de la entidad que le facilitó la realización del curso, durante un determinado lapso. Tal es el alcance y sentido de esos contratos en circunstancias similares".

Por otra parte el parágrafo del Art. 423 del Decreto Departamental No. 1223 de 1987 (Código Fiscal), invocado como violado, expresa lo siguiente:

"**Artículo 423.** En el caso contemplado en el artículo anterior (comisión de estudios), el beneficiario deberá suscribir un contrato en el que se obligue a prestar sus servicios a la Administración Departamental, una vez terminados los estudios, en un cargo de nomenclatura, funciones y escalas de remuneración adecuadas a la capacitación recibida, por un tiempo igual al doble de la duración de la comisión.

"**Parágrafo.** Es entendido que este compromiso obliga al Departamento a conservar en el servicio al beneficiario, lo cual dependerá en todo caso de las necesidades y conveniencias de la Administración, según apreciación de la autoridad nominadora por el término de la duración del contrato, siempre y cuando éste demuestre o compruebe satisfactoriamente, que aprobó los estudios materia de la capacitación". (cdno. 2).

Igualmente en el contrato de capacitación que se suscribió entre la administración y la actora, en la cláusula tercera se estipuló:

"**CONTRAPRESTACION DEL CONTRATISTA:** El CONTRATISTA se compromete para con EL DEPARTAMENTO a trabajar en un cargo de igual o superior clasificación a que se encuentra desempeñando en la actualidad, una vez regrese de la comisión por un tiempo igual al doble del tiempo de duración de la comisión. **PARAGRAFO.**–Es entendido que este compromiso no obliga al DEPARTAMENTO a incorporar o conservar en el servicio al CONTRATISTA una vez terminada la comisión de estudio, lo cual dependerá en todo caso de las necesidades y conveniencias de la Administración, según apreciación de la autoridad nominadora". (fl. 8, cdno. ppal.).

De manera que correspondía al nominador como rector de la cosa pública, juzgar la conveniencia y oportunidad de mantener o remover a la empleada, decisión que por lo demás no aparece que haya sido contraria a los fines del buen servicio, toda vez que como bien lo sostiene la entidad demandada (fl. 150 cdno. ppal.), si en realidad la actora no alcanzó a ejercer las funciones propias del cargo no puede alegar la desmejora del servicio; consta ciertamente que mediante Decreto 1101 de julio 15 de 1988 la demandante fue ascendida al cargo del cual fue declarada insubsistente (fl. 23, cdno. ppal.), que se posesionó en julio 18 del mismo año (fl. 61, cdno. 3), y que a partir de ese mismo día el nominador le prorrogó el término de la comisión de estudios que se había vencido el 30 de junio del citado año (fl. 24, cdno. ppal. y fl. 17, cdno. 3).

No es suficiente sostener que la persona que reemplazó a la actora no cumplía con los requisitos legales para desempeñar el cargo, porque no se probó cuáles eran tales requisitos y además quien reemplazó a la actora lo hizo en interinidad, mientras se nombraba a otro profesional de cuyas calidades no se ha hecho cuestionamiento alguno.

Lo cierto es que la empleada, vencida la comisión y su prórroga aún no había obtenido el título y ni siquiera había presentado la monografía requerida para ello

como lo certificó el centro docente, de manera que el incumplimiento de la obligación contractual de presentar el título dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la original comisión bien pudo ser motivo razonable y suficiente para que se hubiera producido la insubsistencia impugnada.

En consecuencia, se impone revocar la sentencia consultada y negar 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:

REVOCASE la sentencia de cuatro (4) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en el proceso promovido por la doctora MARTHA LUCIA GONZALEZ HERRERA contra el Departamento de Boyacá y en responsabilidad conexa contra el doctor César Manuel García Niño.

En su lugar, **NIEGANSE** las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna* (Ausente), *Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONSEJO DE ESTADO

INDICE DE ACTORES

SEGUNDO TRIMESTRE DE 1994

CONSEJO DE ESTADO

INDICE TEMATICO

SEGUNDO TRIMESTRE DE 1994

CONSEJO DE ESTADO

INDICE TEMATICO

SEGUNDO TRIMESTRE DE 1994

SALA PLENA

A

B

C

D

Páginas

I

J

L

M

N

P

R

Páginas

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

A

B

C

Páginas

D

E

F

I

J

L

Páginas

N

P

R

S

Páginas

T

U

V

SECCIONPRIMERA

A

Páginas

L

M

N

O

P

R

S

D

Páginas

O

P

Q

R

S

T